وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية

الموسوعة الفقهية

الجزء العشرون

خمار - دعوة

بسم الله الرحمن الرحيم

« وما كان المؤمنون لينفروا كافة فلولا نفر من كل فرقة منهم طائفة ليتفقهوا في الدين ولينذروا قومهم إذا رجعوا إليهم لعلهم يحذرون » .

(سورة التوبة آية ١٢٢)

« من يرد الله به خيراً يفقهه في الدين »

(أخرجه البخاري ومسلم)

إصدار

وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية - الكويت

خمار

التعريف :

١ - الخمار من الخمر، وأصله الستر، يقال: خمر الشيء يخمره خمرا، وأخمره أي ستره، وكل مغطى مخمر يقال: خمرت الإناء أي غطيته، وروي عن النبي ﷺ أنه قال: «خمروا آنيتكم».[1]

وفي رواية: «خمروا الآنية وأوكوا الأسقية»[2] وكل ما يستر شيئا فهو خماره. لكن الخمار غلب في التعارف اسما لما تغطي به المرأة رأسها، يقال: اختمرت المرأة وتخمرت - أي لبست الخمار، وجمع الخمار خمر،[3] قال الله تعالى: ﴿وليضربن بخمرهن على جيوبهن﴾.[4]

(١) حديث: «خمروا آنيتكم». أخرجه البخاري (الفتح ١٠/ ٨٨ - ط السلفية) ومسلم (٣/ ١٥٩٥ - ط الحلبي) من حديث جابر بن عبد الله.

(٢) حديث: «خمروا الآنية وأوكوا الأسقية». أخرجه البخاري (الفتح ٦/ ٣٥٥ - ط السلفية) من حديث جابر.

(٣) المصباح المنير، والقاموس المحيط، ولسان العرب، والمفردات في غريب القرآن (مادة خمر)، والكليات ٢/ ٢٧٨.

(٤) سورة النور/ ٣١.

ولا يخرج المعنى الاصطلاحي للخمار في الجملة عن المعنى اللغوي السابق، لأن بعض الفقهاء يعرفونه بأنه: ما يستر الرأس والصدغين أو العنق.[1]

الألفاظ ذات الصلة :

أ - الحجاب :

٢ - الحجاب: الستر. يقال: حجب الشيء يحجبه حجبا وحجابا، وحجبه: ستره، وامرأة محجوبة: قد سترت بستر، وحجاب الجوف: ما يحجب بين الفؤاد وسائره، قال الأزهري: هي جلدة بين الفؤاد وسائر البطن.

والأصل في الحجاب أنه جسم حائل بين جسدين، وقد استعمل في المعاني فقيل: العجز حجاب والمعصية حجاب.[2]

فالحجاب أعم من الخمار.

ب - القناع :

٣ - القناع ما تتقنع به المرأة من ثوب تغطي رأسها ومحاسنها. ونحوه المقنعة وهي ما تقنع به المرأة رأسها. قال صاحب القاموس: القناع أوسع منها.

(١) حاشية الصعيدي على كفاية الطالب الرباني ٢/ ١٣٧، المجموع ٣/ ١٧١

(٢) المصباح المنير، الكليات، لسان العرب مادة «حجب» والتعريفات ١١١

ويطلق بعض الفقهاء القناع على الثوب يلقيه الرجل على كتفه، ويغطي به رأسه ويرد طرفه على كتفه الآخر.(1)

والقناع أعم وأشمل في الستر من الخمار، أو هو يماثله بإطلاق بعض الفقهاء.

ج - النقاب :

٤ - النِّقاب ما تنتقب به المرأة. يقال: انتقبت المرأة وتنقبت: غطت وجهها بالنقاب.

ويعرف ابن منظور النقاب بأنه: القناع على مارن الأنف، ثم يقول: والنقاب على وجوه. قال الفراء: إذا أدنت المرأة النقاب إلى عينها فتلك الوصوصة، فإن أنزلته دون ذلك إلى المحجر فهو النقاب، فإن كان على طرف الأنف فهو اللفام. قال ابن منظور: الوصوص: البرقع الصغير.(2)

وكل من الخمار والنقاب يُغطى به جزء من الجسم، فالخمار يغطى به الرأس، والنقاب يغطى به الوجه.

د - البرقع :

٥ - البرقع لغة: ما تستر به المرأة وجهها.(3)

(1) لسان العرب مادة (قنع)، وجواهر الإكليل ١/ ٥٦
(2) القاموس المحيط، المصباح المنير، لسان العرب مادة: (نقب، ولفم، ووصوص).
(3) المصباح المنير مادة (برقع).

الأحكام المتعلقة بالخمار :

أولا : ارتداء المرأة الخمار عموما :

٦ - ارتداء المرأة الحرة الخمار بوجه عام واجب شرعا، لأن شعر رأسها عورة باتفاق، وقد أمرت المرأة بضرب الخمار على جيبها في قوله تعالى: ﴿وليضربن بخمرهن على جيوبهن﴾(1) قال القرطبي: سبب هذه الآية أن النساء كن في ذلك الزمان إذا غطين رؤوسهن بالأخمرة، وهي المقانع سدلنها من وراء الظهر فيبقى النحر والعنق والأذنان لا ستر على ذلك. فأمر الله تعالى بلي الخمار على الجيوب. وهيئة ذلك أن تضرب المرأة بخمارها على جيبها لتستر صدرها. قالت عائشة رضي الله عنها: إنما يضرب بالخمار الكثيف الذي يستر.(2)

ثانيا - المسح على الخمار في الوضوء :

٧ - مسح الرأس في الوضوء فرض تواترت عليه الأدلة من الكتاب والسنة والإجماع. والفرض الذي تواترت عليه الأدلة هو أصل المسح، أما صفته ومقدار ما يمسح من الرأس ففيه خلاف وتفصيل ينظران في مصطلحي: (وضوء) و(مسح).

ومما اختلف فيه كذلك المسح على الخمار:

فقال الحنفية والمالكية والشافعية: لا يجزىء

(1) سورة النور/ ٣١
(2) القرطبي ١٢/ ٢٣٠

في الوضوء مسح المرأة خمارها وحده دون مسح رأسها، إلا إذا كان الخمار رقيقا ينفذ منه الماء إلى شعرها، فيجوز لوجود الإصابة، لما روي عن عائشة رضي الله تعالى عنها «أنها أدخلت يدها تحت الخمار ومسحت برأسها، وقالت: بهذا أمرني رسول الله ﷺ». [1] ولأنه لا حرج في نزعه، والرخصة لدفع الحرج، ولأن قوله تعالى: ﴿وامسحوا برءوسكم﴾ [2] يقتضي عدم جواز مسح غير الرأس.

قال نافع: رأيت صفية بنت أبي عبيد تتوضأ وتنزع خمارها ثم تمسح برأسها، قال نافع: وأنا يومئذ صغير، قال محمد بن الحسن: بهذا نأخذ، لا نمسح على خمار ولا على عمامة، بلغنا أن المسح على العمامة كان فترك.

قال النووي: قال الشافعي في البويطي: وتدخل يدها تحت خمارها حتى يقع المسح على الشعر، فلو وضعت يدها المبتلة على خمارها قال أصحابنا: إن لم يصل البلل إلى الشعر لم يجزئها، وإن وصل فهي كالرجل إذا وضع يده المبتلة على رأسه إن أمرها عليه أجزأه وإلا فوجهان، الصحيح الإجزاء.

وقال الشافعية: يستحب لمن مسح ناصيته ولم يستوعب الرأس بالمسح أن يتم المسح على العمامة، وقالوا: وهذا حكم ما على رأس المرأة. [1]

وعند الحنابلة قال ابن قدامة: في مسح الرأس على مقنعتها روايتان: إحداهما: وهي المعتمدة واقتصر عليها الحجاوي يجوز، لأن أم سلمة كانت تمسح على خمارها، ذكره ابن المنذر، وقد روي عن النبي ﷺ «أنه أمر بالمسح على الخفين والخمار» [2] ولأنه ملبوس للرأس معتاد يشق نزعه فأشبه العمامة.

والثانية: لا يجوز المسح عليه، فإن أحمد سئل: كيف تمسح المرأة على رأسها؟ قال: من تحت الخمار ولا تمسح على الخمار، قال: وقد ذكروا أن أم سلمة كانت تمسح على خمارها. [3]

ثالثا: لبس الخمار في الصلاة:

٨ ـ اتفق الفقهاء على أن من شروط الصلاة ستر العورة، ومن العورة التي يشترط سترها في الصلاة شعر المرأة، فيجب على المرأة الحرة البالغة أن تخمر رأسها في الصلاة، أي تغطيه بخمار كثيف لا يشف، فإن لم تفعل كانت

---

(١) حديث عائشة: «أنها أدخلت يدها تحت الخمار...» أورده صاحب بدائع الصنائع (١/ ٥) ولم نعثر عليه فيما لدينا من مراجع السنن والآثار

(٢) سورة المائدة/ ٦

---

(١) بدائع الصنائع ١/ ٥، فتح القدير ١/ ١٠٩، الزرقاني ١/ ١٣٠، المجموع ١/ ٤٠٧ ـ ٤٠٩

(٢) حديث: «أمر النبي ﷺ بالمسح على الخفين والخمار...» أخرجه أحمد (٦/ ١٢ ـ ط الميمنية) من حديث بلال، وإسناده صحيح وورد من فعله ﷺ، أخرجه مسلم (١/ ٢٣١ ـ ط الحلبي).

(٣) المغني ١/ ٣٠٦، ٣٠٥، كشاف القناع ١/ ١١٢

صلاتها باطلة، لما روي عن عائشة رضي الله تعالى عنها أن رسول الله ﷺ قال: «لا يقبل الله صلاة حائض إلا بخمار»[1] والمراد بالحائض البالغة. لأن الحائض فعلا أثناء حيضها لا صلاة لها، لا بخمار ولا بغيره. فكان التعبير بلفظ الحائض مجازا عن البالغة لأن الحيض يستلزم البلوغ.

ثم اختلف الفقهاء فيما وراء ذلك من الأحكام:

فقال الحنفية: إن تركت الحرة البالغة ستر ربع رأسها فأكثر قدر أداء ركن بلا صنعها أعادت.

وفي أحكام الصغار للأستروشني: وجواز صلاة الصغيرة بغير قناع استحسان، لأنه لا خطاب مع الصبا، والأحسن أن تصلي بقناع لأنها إنما تؤمر بالصلاة للتعود فتؤمر على وجه يجوز أداؤها معه بعد البلوغ.

ثم قال: المراهقة[2] إذا صلت بغير قناع لا تؤمر بالإعادة استحسانا، وإن صلت بغير وضوء تؤمر بذلك.[3]

---

(1) حديث: «لا يقبل الله صلاة حائض إلا بخمار...» أخرجه أبو داود (1/ 421 ـ تحقيق عزت عبيد دعاس) والحاكم (1/ 251 ـ ط دائرة المعارف العثمانية) وصححه ووافقه الذهبي.

(2) المراهقة التي قد قاربت البلوغ ولم تبلغ بعد.

(3) رد المحتار 1/ 270 ـ 273، 276، فتح القدير 1/ 180

وقال المالكية: يندب للمرأة الحرة الصغيرة المأمورة بالصلاة ستر للصلاة ـ وهو واجب على الحرة البالغة ـ وتعيد الصلاة ندبا إن راهقت ـ أي قاربت البلوغ ـ وتركت القناع ـ أي تغطية الرأس ـ في الصلاة... وقالوا: يكره القناع في الصلاة للرجل إذا كان بصفة معينة هي أن يلقي ثوبا على كتفه ويغطي به رأسه ويرد طرفه على كتفه الآخر، وهو مكروه للرجال لأنه من زي النساء إلا من ضرورة حر، أو برد، أو يكون شعار قوم فلا يكره.[1]

وقال الشافعية: لا تقبل صلاة الصبية المميزة إلا بخمار.[2]

وقال الحنابلة: غير البالغة لا يلزمها ستر رأسها في الصلاة لمفهوم حديث عائشة السابق.[3]

رابعا ـ لبس الخمار في الإحرام:

٩ ـ اتفق الفقهاء على أن من محظورات الإحرام بالنسبة للرجل تغطية الرأس، وعلى أن المرأة الحرة لا تكشف رأسها في الإحرام ـ كما يفعل الرجل ـ لأن رأسها عورة يجب سترها، وعليها أن تخمر رأسها بما يستره سترا كاملا، ونقل ابن قدامة عن ابن المنذر قوله: أجمع أهل العلم على

---

(1) كفاية الطالب 1/ 327، جواهر الإكليل 1/ 41، 52

(2) المجموع 3/ 166

(3) المغني 1/ 602 ـ 606، 2/ 471

أن للمحرمة لبس القميص والدروع والسراويلات والخمر والخفاف.

واتفق الفقهاء على أنه يحرم على المرأة حال إحرامها ستر وجهها، أو بعضه بما يعد ساترا، لكنهم قالوا: إن على المرأة الحرة المحرمة بحج أو عمرة أن تستر من وجهها ما لا يتأتى ستر جميع رأسها إلا به، ولا يجوز لها أن تكشف من رأسها ما لا يتأتى كشف وجهها إلا به، لأن المحافظة على ستر الرأس بكماله لكونه عورة أولى من المحافظة على كشف ذلك القدر من الوجه الذي لا يتأتى تمام ستر الرأس إلا به.[1]

خامسا: الخمار في كفن المرأة:

١٠ - اتفق الفقهاء على أن أقل الكفن الضروري المقدور عليه ما يغطي بدن الميت رجلا كان أو امرأة إلا رأس المحرم ووجه المحرمة. وعلى أن الأفضل في الكفن للمرأة خمسة أثواب: إزار تستر به العورة، وخمار يغطى به الرأس، وقميص، ولفافتان.

قال ابن المنذر: أكثر من نحفظ عنه من أهل العلم يرى أن تكفن المرأة في خمسة أثواب، وإنما استحب ذلك لأن المرأة تزيد في حال حياتها على الرجل في الستر لزيادة عورتها على عورته فكذلك بعد الموت، وقد روى أبو داود بإسناده عن ليلى بنت قانف الثقفية رضي الله تعالى عنها قالت: كنت فيمن غسل أم كلثوم رضي الله تعالى عنها بنت رسول الله ﷺ عند وفاتها، فكان أول ما أعطانا رسول الله ﷺ الحقو[1] ثم الدرع،[2] ثم الخمار، ثم الملحفة، ثم أدرجت بعد ذلك في الثوب الآخر.[3]

وعند الحنابلة أن الجارية إذا لم تبلغ لا تخمر عند تكفينها، جاء في المغني: قال المروذي: سألت أبا عبدالله في كم تكفن الجارية إذا لم تبلغ؟ قال: في لفافتين، وقميص لا خمار فيه، وكفن ابن سيرين بنتا له قد أعصرت[4] في قميص ولفافتين، ولأن غير البالغ لا يلزمها ستر رأسها في الصلاة.

واختلفت الرواية عن أحمد في الحد الذي تصير به في حكم المرأة في التكفين ويكون في كفنها الخمار، فروي عنه، إذا بلغت، وهو ظاهر

---

(١) رد المحتار ٢/١٨٩، جواهر الإكليل ١/١٨٦، الجمل ٢/٤٠٠، المغني ٣/٣٢٨.

---

(١) في رواية الحقاء، أي الإزار.

(٢) الدرع هو القميص، ولرف بعض الفقهاء بينهما بأن شق الدرع إلى الصدر والقميص إلى المنكب (رد المحتار ١/٢٧٨).

(٣) حديث ليلى بنت قانف: «كنت فيمن غسل أم كلثوم...» أخرجه أبو داود (٣/٥١٠ - تحقيق عزت عبيد دعاس)، وفي إسناده نوح بن حكيم الثقفي وفيه جهالة كما في ترجمته في «التهذيب» لابن حجر (١٠/٤٨٢ - ط دائرة المعارف العثمانية).

(٤) أعصرت أي قاربت المحيض.

كلامه في رواية المروزي لقول النبي ﷺ: «لا يقبل الله صلاة حائض إلا بخمار».[1] مفهومه أن غيرها لا تحتاج إلى خمار في صلاتها فكذلك في كفنها.

وروى عن أحمد أكثر أصحابه: إذا كانت بنت تسع سنين يصنع بها ما يصنع بالمرأة، واحتج بحديث عائشة رضي الله تعالى عنها أن النبي ﷺ دخل بها وهي بنت تسع سنين،[2] وعنها رضي الله تعالى عنها قالت: إذا بلغت الجارية تسعا فهي امرأة.[3]

وفي ترتيب أثواب الكفن وموضع الخمار بينها تفصيل ينظر في مصطلح: (تكفين).

خمر

انظر: أشربة

(١) حديث: «لا يقبل الله صلاة حائض إلا بخمار». سبق تخريجه ف / ٨

(٢) حديث عائشة رضي الله تعالى عنها: «أن النبي ﷺ دخل بها وهي بنت تسع سنين». أخرجه البخاري (فتح الباري ٩/ ١٩٠ ط السلفية) ومسلم (٢/ ١٠٣٨ ط الحلبي) بهذا المعنى.

(٣) رد المحتار ١/ ٥٧٥، جواهر الإكليل ١/ ١١٠، قليوبي ١/ ٣٢٨، المغني ٢/ ٤٧٠ - ٤٧٦

خمس

التعريف:

١ - الخمس - بضم الخاء وسكون الميم أو ضمها - الجزء من خمسة أجزاء، والخمس - بفتح الخاء وسكون الميم - أخذ واحد من خمسة، يقال: خمستهم أخمسهم - بضم الميم في المضارع - أي أخذت خمس أموالهم، وخمستهم أخمسهم - بكسر الميم في المضارع - أي كنت خامسهم أو كملتهم خمسة بنفسي، ويقال: خمّست الشيء - بالتثقيل - أي جعلته خمسة أجزاء، ويقال: أخمس القوم أي صاروا خمسة.[1] والخمس: خمس الغنيمة أو الفيء، والتخميس: إخراج الخمس من الغنيمة.[2]

ولا يخرج المعنى الاصطلاحي عن المعنى اللغوي.

الألفاظ ذات الصلة:

أ - المرباع:

٢ - المرباع هو الربع: قال قطرب: المرباع

(١) المصباح المنير، القاموس المحيط، ولسان العرب في المادة

(٢) قواعد الفقه للبركتي المجددي ٢٨١

الربع ، والمعشار المشروع يسمى في غيرها ، ومنه قول النبي ﷺ لعدي بن حاتم قبل إسلامه : «إنك لتأكل المرباع وهو لا يحل لك في دينك»[1] كانوا في الجاهلية إذا غزا بعضهم بعضا وغنموا أخذ الرئيس ربع الغنيمة خالصا دون أصحابه وقال الشاعر :

لك المرباع منها والصفايا
وحكمك والنشيطة والفضول[2]

والفرق بين اللفظين اختلاف القدر بينهما .

ب - الصفي :

٣ - الصفي : ما كان يصطفيه الرئيس في الحرب قبل الإسلام لنفسه من الغنيمة دون أصحابه ، وما لا يستقيم أن يقسم على الجيش .

والصفي في الإسلام شيء كان النبي ﷺ يصطفيه لنفسه قبل القسمة كسيف أو فرس أو أمة ، وقد اصطفى ﷺ سيف منبه بن أبي الحجاج - وهو ذو الفقار - يوم بدر ،[3] واصطفى صفية بنت حيي رضي الله عنها .[1]

وقد انقطع ذلك بموته ﷺ .[2]

والفرق بين الخمس والصفي أن الخمس الذي شرعه الله تعالى في الغنائم وغيرها له مصارف معينة ، أما الصفي فكان للنبي ﷺ وللرئيس في الحرب قبل الإسلام .

جـ - النشيطة :

٤ - النشيطة من الغنيمة : ما يصيبه القوم قبل أن يصلوا إلى الحي الذي يريدون الإغارة عليه فينشطه الرئيس من بين أيديهم ويأخذه قبل القسمة .[3]

والفرق بين النشيطة والخمس من الغنيمة أن النشيطة كان يستأثر بها الرئيس في الجاهلية ، أما الخمس فقد بين الله تعالى مصارفه .

د - الفضول :

٥ - الفضول من الغنيمة : بقايا تبقى منها لا تستقيم قسمتها على الجيش لقلتها وكثرة الجيش فيختص بها رئيس الجيش قبل

---

(١) حديث : «إنك لتأكل المرباع وهو لا يحل لك في دينك» . أخرجه أحمد (٤/ ٢٥٧ - ط الميمنية) من حديث عدي بن حاتم .

(٢) المصباح المنير ولسان العرب مادة : «ربع» .

(٣) حديث : «اصطفى ﷺ سيف منبه بن أبي الحجاج - وهو ...» . أخرجه الترمذي (٤/ ١٣٠ - ط الحلبي) وابن ماجه (٢/ ٩٣٩ - ط الحلبي) من حديث عبد الله بن عباس وقال الترمذي : «حديث حسن» .

(١) حديث : «اصطفى صفية بنت حيي ...» أخرجه البخاري (الفتح ١/ ٤٨٠ - ط السلفية) ، ومسلم (٢/ ١٠٤٤ - ط الحلبي) من حديث أنس بن مالك .

(٢) المصباح المنير ، التعريفات ١٧٥ ، والمغني ٦/ ٤٠٩ ، وكشاف القناع ٣/ ٨٥

(٣) المفردات في غريب القرآن/ ١٩٣ ، ومعجم مقاييس اللغة ٥/ ٤٢٦

الإسلام.[1]

والفرق بين النفل من الغنيمة والخمس أن النفل كان يختص بها رئيس الجيش في الجاهلية نفسه ويستأثر بها دون أصحابه، أما الخمس فقد بيّن الله تعالى مصارفه.

الحكم التكليفي:

٦ - اتفق الفقهاء على وجوب تخميس الغنيمة لقوله تعالى: ﴿واعلموا أنما غنمتم من شيء فأن لله خمسه وللرسول ولذي القربى واليتامى والمساكين وابن السبيل﴾[2]

واختلفوا في تخميس الفيء على ما سيأتي.

الأموال التي تخمس:

أولا: الغنيمة.

٧ - وهي المال الذي يأخذه المسلمون من الكفار بالقوة والقهر بإيجاف الخيل والركاب.[3]

ولم تكن الغنائم تحل لمن مضى من الأمم، وفي الحديث النبوي المتفق عليه: «أعطيت خمسا لم يعطهن نبي قبلي... وأحلت لي الغنائم»[4] وكانت الغنائم في أول الإسلام لرسول الله ﷺ، لقوله تعالى: ﴿يسألونك عن الأنفال قل الأنفال لله والرسول﴾[1] ثم صار أربعة أخماسها للغانمين، والخمس لغيرهم لقوله تعالى: ﴿واعلموا أنما غنمتم من شيء فأن لله خمسه وللرسول...﴾[2] فأضاف الغنيمة إليهم وجعل الخمس لغيرهم فدل ذلك على أن سائرها (البقية) لهم، وقوله تعالى: ﴿فكلوا مما غنمتم حلالا طيبا﴾[3] فأحلها الله لهم.[4]

والغنيمة إذا كانت أرضا فتحت عنوة ففي تخميسها خلاف بين الفقهاء ينظر في: (تخميس وغنيمة وأرض وخراج).

وإن كانت الغنيمة من الأموال المنقولة وجب تخميسها وقسم أخماسها الأربعة على الغانمين، وصرف الخمس في مصارفه.

ويبدأ الإمام أو الأمير في قسم الغنيمة بالسلب فيعطيه للقاتل، ثم يخرج المؤن اللازمة كأجرة حمال وحافظ وغيرهما، ثم يجعل الباقي خمسة أقسام متساوية، خمس لأهل الخمس، والأربعة الأخماس للغانمين.[5]

واختلف الفقهاء في كيفية قسم خمس الغنيمة على أقوال:

---

(١) المصباح المنير ولسان العرب مادة: (نفل).

(٢) سورة الأنفال / ٤١

(٣) رد المحتار ٣/ ٢٢٨، كفاية الطالب ٢/ ٧، قليوبي وعميرة ٣/ ١٩١، المغني ٦/ ٤٠٣

(٤) حديث: «أعطيت خمسا لم يعطهن نبي قبلي... وأحلت لي الغنائم». أخرجه البخاري (الفتح ١/ ٤٣٦ - ط السلفية) ومسلم (١/ ٣٧١ - ط الحلبي) من حديث جابر بن عبد الله

---

(١) سورة الأنفال/ ١

(٢) سورة الأنفال/ ٤١

(٣) سورة الأنفال/ ٦٩

(٤) المغني ٦/ ٤٠٣

(٥) روضة الطالبين ٦/ ٣٧٦

القول الأول :

٨ - قال الشافعية والحنابلة : يقسم خمس الغنيمة على خمسة أسهم ، لقوله تعالى : ﴿واعلموا أنما غنمتم من شيء فأن لله خمسه وللرسول ولذي القربى واليتامى والمساكين وابن السبيل﴾ [1] ولما روي عن ابن عباس رضي الله عنهما : «كان رسول الله ﷺ يقسم الخمس على خمسة» [2] وبهذا قال عطاء ومجاهد والشعبي والنخعي وقتادة وابن جريج [3]

وبيان هذه الأسهم كالآتي :

١ - سهم لله تعالى ولرسوله ﷺ . وكان هذا السهم له ﷺ في حياته يضعه في مصارفه التي يراها ، ثم صار من بعده ﷺ يصرف في الكراع والسلاح ومصالح المسلمين ، كسد الثغور وشحنها بالعدد والمقاتلة ، وكعمارة المساجد والقناطر والحصون ، وأرزاق القضاة والأئمة ، والعلماء بعلوم تتعلق بمصالح المسلمين ، لأن بالثغور حفظ المسلمين ، ولئلا يتعطل من ذكر بالاكتساب عن الاشتغال بجهاد العدو وعن تنفيذ الأحكام وعن التعليم والتعلم ، فيرزقون ما يكفيهم ليتفرغوا لذلك . ويقدم الأهم فالأهم وجوبا .

وقالوا : إن سهم الله تعالى والرسول ﷺ واحد ، لأن ذكر الله تعالى في الآية الكريمة قوله ﴿فأن لله خمسه﴾ لافتتاح الكلام باسمه تعالى تبركا به ، لا لإفراده سبحانه بسهم ، فإن لله تعالى الدنيا والآخرة . [1]

٢ - سهم لبني هاشم وبني المطلب ابني عبد مناف ، وهم المراد بقول الله تعالى : ﴿ولذي القربى﴾ دون غيرهم من بني عبد شمس وبني نوفل وإن كان الأربعة أبناء عبد مناف ، لاقتصار النبي ﷺ في القسم على بني الأولين مع سؤال بني الآخرين له ، روي عن جبير بن مطعم رضي الله تعالى عنه أنه قال : لما قسم رسول الله ﷺ سهم ذي القربى من خيبر بين بني هاشم وبني المطلب أتيت أنا وعثمان بن عفان رسول الله ﷺ فقلنا : يا رسول الله ، أما بنو هاشم فلا ننكر فضلهم لمكانك الذي وضعك الله به منهم ، فما بال إخواننا من بني المطلب أعطيتهم وتركتنا ، وإنما نحن وهم منك بمنزلة واحدة ؟ فقال ﷺ : «إنهم لم يفارقوني في جاهلية ولا إسلام ، وإنما بنو هاشم وبنو المطلب شيء واحد» وشبك بين أصابعه . [2]

---

(١) سورة الأنفال / ٤١ .

(٢) «كان رسول الله ﷺ يقسم الخمس على خمسة» أثر ابن عباس . أخرجه ابن جرير (١٣ / ٥٥٠ - ط المعارف) .

(٣) المغني ٦ / ٤٠٦ - ٤٠٧ .

(١) مغني المحتاج ٣ / ٩٤ ، المغني ٦ / ٤٠٦ .

(٢) حديث جبير بن مطعم : «إنهم لم يفارقوني في جاهلية ولا إسلام» . أخرجه البخاري (فتح ٦ / ٢٤٤ - ط السلفية) دون قوله : «إنهم لم يفارقوني في جاهلية ولا إسلام» وأخرجه أحمد (٤ / ٨١ - ط الميمنية) والنسائي (٧ / ١٣١ - ط المكتبة التجارية) .

والعبرة في الاستحقاق من هذا السهم بالانتساب إلى الآباء، أي يكون الأب من بني هاشم أو بني المطلب، أما من كانت أمه منهم وأبوه من غيرهم فإنه لا يستحق شيئا. لأن النبي ﷺ لم يدفع إلى أقارب أمه وهم بنو زهرة شيئا، وإنما دفع إلى أقارب أبيه، ولم يدفع إلى بني عماته وهم الزبير بن العوام، وعبد الله والمهاجر ابنا أبي أمية، وبنو جحش.

ويشترك في الاستحقاق من هذا السهم الذكور والإناث، لأن القرابة تشملهم، وحديث جبير السابق، ولما روي أن الزبير رضي الله عنه كان يأخذ سهم أمه صفية عمة النبي ﷺ. وفي النسائي أنه ﷺ أسهم يوم خيبر لصفية، وكان الصديق رضي الله تعالى عنه يدفع للسيدة فاطمة رضي الله تعالى عنها من هذا السهم

والمذهب عند الشافعية ورواية عن أحمد ـ وهي اختيار الخرقي ـ أنه يقسم بين ذوي القربى للذكر مثل حظ الأنثيين، لأنه سهم استحق بقرابة الأب شرعا ففضل فيه الذكر على الأنثى كالميراث، ويفارق الوصية وميراث ولد الأم، فإن الوصية استحقت بقول الموصي، وميراث ولد الأم استحق بقرابة الأم.

والرواية الثانية عن أحمد، وما نقل عن المزني وأبي ثور وابن جرير أنه يسوى بين الذكر والأنثى، لأنهم أعطوا باسم القرابة والذكر والأنثى فيها سواء، فأشبه ما لو وصى لقرابة فلان أو وقف عليهم، فإن الجد يأخذ مع الأب، وابن الابن يأخذ مع الابن، وهذا يدل على مخالفة المواريث، ولأنه سهم من خمس الخمس لجماعة فيستوي فيه الذكر والأنثى كسائر سهامه.

ويستوي في الاستحقاق ـ على الروايتين ـ الصغير والكبير لاستوائهم في القرابة فأشبه الميراث.

ويعطى غني بني هاشم وبني المطلب وفقيرهم في الاستحقاق من هذا السهم سواء، لعموم قوله تعالى: ﴿ولذي القربى﴾ ولا يجوز التخصيص بغير دليل، ولأن النبي ﷺ كان يعطي أقاربه كلهم وفيهم الأغنياء كالعباس رضي الله تعالى عنه وكان من أغنياء قريش، ولم ينقل تخصيص الفقراء منهم. وروى أحمد في مسنده أن النبي ﷺ أعطى الزبير سهما، وأمه سهما، وفرسه سهمين[١].

وإنما أعطى أمه من سهم ذي القربى وقد كانت موسرة ولها موال وأموال، ولأنه مال مستحق بالقرابة فاستوى فيه الغني والفقير

---

(١) حديث: «أن النبي ﷺ أعطى الزبير سهما وأمه سهما ...» أخرجه أحمد (١/ ١٦٦ ـ ط الميمنية)، ولمح ابن حجر إلى الانقطاع في سنده، كذا في تعجيل المنفعة ص٢٢٥ نشر دار الكتاب العربي)
والأسهم المعطاة للزبير وفرسه هي من الغنيمة بصفته من المجاهدين.

كالميراث والوصية للأقارب، ولأن عثمان وجبيرا رضي الله تعالى عنهما طلبا حقهما منه وسألا عن علة منعهما ومنع قرابتهما وهما موسران فعلله النبي ﷺ بنصرة بني المطلب دونهم وكونهم مع بني هاشم كالشيء الواحد، ولو كان اليسار مانعا والفقر شرطا لم يطلبا مع عدمه، وتعليل النبي ﷺ منعهما بيسارهما وانتفاء فقرهما.

وقيل: لا حق في هذا السهم لغني قياسا على بقية السهام.[1]

٣ - سهم لليتامى: وهم الذين مات آباؤهم ولم يبلغوا الحلم، فإن بلغوا الحلم لم يكونوا يتامى لحديث: «لا يتم بعد احتلام».[2]

والمشهور عند الشافعية وهو قول لبعض الحنابلة، إنه يشترط لاستحقاق اليتيم من هذا السهم أن يكون فقيرا، لأن لفظ اليتيم يشعر بالحاجة، ولأن اغتناءه بمال أبيه إذا منع استحقاقه فاغتناؤه بماله أولى بمنعه.

ومقابل المشهور عند الشافعية وهو ما رجحه ابن قدامة من مذهب الحنابلة: أنه لا يشترط لاستحقاق اليتيم من هذا السهم أن يكون فقيرا

---

(١) مغني المحتاج ٣/ ٩٤، أسنى المطالب ٣/ ٨٨، المغني ٦/ ٤١١ - ٤١٣

(٢) حديث: «لا يتم بعد احتلام...» أخرجه أبو داود (٣/ ٢٩٣ - ٢٩٤ - تحقيق عزت عبيد دعاس) من حديث علي بن أبي طالب وفي إسناده مقال، ولكنه صحيح لطرقه (التلخيص لابن حجر ٣/ ١٠١ - ط شركة الطباعة الفنية)

لشمول لفظ اليتيم للغني والفقير، ولأن عموم الآية يشمل الغني والفقير.

وصرح الشافعية والحنابلة بأنه يشترط لاستحقاق اليتيم الإسلام. فلا يعطى أيتام الكفار من هذا السهم شيئا، لأنه مال أخذ من الكفار فلا يرجع إليهم. وصرح الشافعية بأنه يندرج في تفسير اليتيم: ولد الزنى واللقيط والمنفي باللعان.[1]

٤ - سهم للمساكين: وهم أهل الحاجة، ويدخل فيهم الفقراء، فالمساكين والفقراء في الاستحقاق من هذا السهم صنف واحد، وفي الزكاة صنفان لأنه جمع بين لفظيهما بواو العطف في آية مصارف الزكاة، وفرق فقهاء الشافعية والحنابلة - في باب الزكاة - بين الفقير والمسكين فقالوا: الفقير: من لا مال له ولا كسب يقع موقعا من كفايته، والمسكين: من له مال أو كسب يقع موقعا من كفايته ولا يكفيه.[2]

٥ - سهم لابن السبيل: وقد اختلف الشافعية والحنابلة في تعريف ابن السبيل الذي يستحق من هذا السهم ومن الزكاة. وانظر تفصيل القول في ابن السبيل مصطلح: (زكاة).

واختلف الرأي عند الشافعية والحنابلة في

---

(١) المحلي على المنهاج ٣/ ١٨٩، مغني المحتاج ٣/ ٩٥، المغني ٦/ ٤١٣، وكشاف القناع ٣/ ٨٦

(٢) مغني المحتاج ٣/ ٩٥ - ١٠٦ - ١٠٨، والمغني ٦/ ٤١٣ - ٤٢٦

تعميم المستحقين أصحاب السهام الأربعة المتأخرة بالعطاء .

فذهب جمهور فقهاء الشافعية وهو المذهب عند الحنابلة إلى أنه يجب على الإمام أو نائبه أن يعم المستحقين من سهام ذي القربى واليتامى والمساكين وابن السبيل بالعطاء إن وفى المال ، نعم يجعل ما في كل إقليم لساكنيه ، فإن عدمه بعض الأقاليم بأن لم يكن في بعضها شيء ، أو لم يستوعبهم بأن لم يف بمن فيه إن وزع عليهم نقل إليهم بقدر ما يحتاج إليه في التسوية بين المنقول إليهم وغيرهم ، ولا يجوز الاقتصار على ثلاثة من كل صنف من أصناف هذه السهام الأربعة كما يقول بعضهم ، ويجوز أن يفاضل بين اليتامى ، وبين المساكين ، وبين أبناء السبيل ، لأنهم يستحقون بالحاجة فتراعى حاجتهم ، بخلاف ذوي القربى فإنهم يستحقون بالقرابة ، فإن كان الحاصل يسيرا لا يسد مسدا بالتوزيع قدم الأحوج فالأحوج ولا يستوعب للضرورة ، وتصير الحاجة مرجحة وإن لم تكن معتبرة في الاستحقاق .

وقال بعض الشافعية والحنابلة : يخص أهل كل ناحية بخمس مغزاها ، لما يلحق في نقله من المشقة ، ولأنه يتعذر تعميم أصحاب السهام به فلم يجب ، قال ابن قدامة : والصحيح ـ إن شاء الله ـ أنه لا يجب التعميم لأنه يتعذر .

ومن فقد من هذه الأصناف أعطي الباقون نصيبه .[1]

واختلف الشافعية والحنابلة فيمن اجتمع فيه أكثر من وصف ، أو سبب من أسباب الاستحقاق من الخمس :

فقال الشافعية : من اجتمع فيه وصفان أخذ بأحدهما باختيار ، فإن كان أحدهما غزوا جاز الأخذ بهما .[2]

وقال الحنابلة : إن اجتمع في واحد أسباب كالمسكين إذا كان يتيما وابن سبيل ، استحق بكل واحد منها لأنها أسباب لأحكام ، فوجب أن تثبت أحكامها كما لو انفردت ، فلو أعطاه ليتمه فزال فقره لم يعط لفقره شيئا .[3]

القول الثاني :

٩ ـ قال الحنفية : يقسم خمس الغنيمة ثلاثة أسهم : لليتامى ، والمساكين (ويشملون الفقراء) وأبناء السبيل .

واستدلوا بقول الله تعالى : ﴿واعلموا أنما غنمتم من شيء فأن لله خمسه وللرسول ولذي القربى واليتامى والمساكين وابن السبيل﴾[4]

---

(١) مغني المحتاج ٣/ ٩٥ ، القليوبي ٣/ ١٨٩ ، المغني ٦/ ٤١٢

(٢) القليوبي ٣/ ١٨٩

(٣) المغني ٦/ ٤١٤

(٤) سورة الأنفال/ ٤١

وقالوا: إن ذكر اسم الله تعالى للتبرك في افتتاح الكلام إذ الندب والآخرة لله تعالى، ولأن الخلفاء الراشدين لم يفردوا هذا السهم ولم ينقل عنهم، وأما سهم النبي ﷺ فكان يستحقه بالرسالة كما كان يستحق الصفي من المغنم، فسقطا بموته جميعا، وقد قال ﷺ: «إنه لا يحل لي مما أفاء الله عليكم قدر هذه إلا الخمس والخمس مردود عليكم». [1] وكذلك الأئمة المهديون لم يفردوه بعده عليه الصلاة والسلام، ولو بقي بعده أو استحقه غيره لصرفوه إليه.

وأما سهم ذوي القربى فإنهم كانوا يستحقونه في زمن النبي ﷺ بالنصرة وبعده بالفقر، لحديث جبير بن مطعم وعثمان بن عفان رضي الله تعالى عنهما الذي سبق، وهو يدل على أن الاستحقاق كان بالنصرة، فيبين أن المراد قرب النصرة لا قرب النسب، ولأن أبا بكر وعمر وعثمان وعليا رضي الله تعالى عنهم قسموه على ثلاثة كما تقدم وكفى بهم قدوة.

وقالوا: إنما يعطى من الخمس من كان من ذوي القربى على صفة الأصناف الثلاثة لقوله عليه الصلاة والسلام: «يا بني هاشم، إن الله تعالى كره لكم أوساخ الناس، وعوضكم عنها بخمس الخمس» [1] والصدقة إنما حرمت على فقرائهم، لأنها كانت محرمة على أغنيائهم وأغنياء غيرهم، فيكون خمس الخمس لمن حرمت عليه الصدقة، ولما روي أن عمر رضي الله تعالى عنه كان ينكح منه أيمهم، ويقضي منه غارمهم، ويخدم منه عائلهم، وكان ذلك بمحضر من الصحابة من غير نكير.

وقالوا: إذا ثبت أنه لا سهم لله تعالى، وسهم النبي ﷺ سقط، وسهم ذوي القربى يستحقونه بالفقر، لم يبق إلا الأصناف الثلاثة اليتامى والمساكين وابن السبيل فوجب أن يقسم عليهم، ويدخل ذوو القربى فيهم إذا كانوا بصفتهم.

وقالوا: يشترط لاستحقاق اليتيم أن يكون فقيرا؛ لأن سبب استحقاق الأصناف الثلاثة في

---

(1) حديث: «إنه لا يحل لي مما أفاء الله عليكم قدر هذه إلا ...». أخرجه النسائي (٧/ ١٣١ - ط المكتبة التجارية) من حديث عبادة بن الصامت، وإسناده حسن.

(1) حديث: «يا بني هاشم، إن الله كره لكم أوساخ الناس».

قال الزيلعي في نصب الراية (٣/ ٤٠٣ - ط المجلس العلمي بالهند): «غريب» يعني أنه لا أصل له بهذا اللفظ، ثم ذكر لفظ مسلم وهو: «إن الصدقة لا تنبغي لآل محمد، إنما هي أوساخ الناس» وهو فيه (٢/ ٧٥٣ - ط الحلبي) من حديث عبد المطلب بن ربيعة وأخرج الطبراني في الكبير (١١/ ٢١٧ - ط وزارة الأوقاف العراقية) من حديث عبد الله بن عباس مرفوعا: «لا يحل لكم أهل البيت من الصدقات شيء ولا غسالة الأيدي إن لكم في خمس الخمس لما يغنيكم أو يكفيكم».

وأورده الهيثمي في المجمع (٣/ ٩١ - ط القدسي) وقال: «فيه حسين بن قيس الملقب بحنش، وفيه كلام كثير، وقد وثقه أبو محصن».

لخمس احتياج بيتم، أو مسكنة، أو كونه ابن سبيل، فلا يجوز الصرف لغنيهم، ثم إنهم مصارف لا مستحقون حتى إنه لو صرف إلى صنف واحد منهم جاز.(١)

القول الثالث:

١٠ - وقال المالكية: يضع الإمام الخمس إن شاء في بيت المال، أو يصرفه في مصالح المسلمين من شراء سلاح وغيره، وإن شاء قسمه فيدفعه لآل النبي ﷺ أو لغيرهم، أو يجعل بعضه فيهم وبقيته في غيرهم.

فالخمس موكول إلى نظر الإمام واجتهاده، فيأخذ منه من غير تقدير، ويعطي القرابة باجتهاده ويصرف الباقي في مصالح المسلمين، وبه قال الخلفاء الأربعة وبه عملوا، وعليه يدل قوله ﷺ: «ما لي مما أفاء الله عليكم إلا الخمس والخمس مردود فيكم»(٢) فإنه لم يقسمه أخماسا ولا أثلاثا، وإنما ذكر في الآية من ذكر على وجه التنبيه عليهم لأنهم أهم من يدفع إليه، قال الزجاج محتجا لذلك: قال الله عز وجل: ﴿يسألونك ماذا ينفقون قل ما أنفقتم من خير فللوالدين والأقربين واليتامى والمساكين وابن السبيل﴾(١) وجائز للرجل بإجماع أن ينفق في غير هذه الأصناف إذا رأى ذلك.

وذكر النسائي عن عطاء قال: خمس الله وخمس رسوله واحد،(٢) كان رسول الله ﷺ يحمل منه ويعطي منه، ويضعه حيث شاء، ويصنع به ما شاء.(٣)

القول الرابع:

١١ - قالت طائفة: يقسم الخمس على ستة أسهم: سهم لله تعالى، وسهم لرسول الله ﷺ، وسهم لذوي القربى، وسهم لليتامى، وسهم للمساكين، وسهم لابن السبيل، وذلك لظاهر قول الله تعالى: ﴿واعلموا أنما غنمتم من شيء فأن لله خمسه...﴾ الآية، فعد ستة، وجعل تعالى لنفسه سهما سادسا وهو مردود على عباد الله أهل الحاجة.(٤)

القول الخامس:

١٢ - قال أبو العالية: سهم الله عز وجل هو أن الإمام إذا عزل الخمس ضرب بيده عليه فما

---

(١) ابن عابدين ٣/ ٢٢٦ - ٢٢٧، فتح القدير ٤/ ٣٢٨، الاختيار ٤/ ١٣١ - ١٣٢

(٢) الحديث سبق تخريجه ف / ٩

---

(١) سورة البقرة/ ٢١٥

(٢) الأثر عن عطاء: «خمس الله وخمس رسوله واحد» أخرجه النسائي (٧/ ١٣٢ - ١٣٣ - ط المكتبة التجارية)

(٣) كفاية الطالب ٢/ ٧، تفسير القرطبي ٨/ ١١

(٤) المغني ٦/ ٤٠٦، تفسير القرطبي ٨/ ١٠

قبض عليه من شيء جعله للكعبة، ثم يقسم بقية السهم على خمسة، وروي عن أبي العالية قوله: «كان رسول الله ﷺ يؤتى بالغنيمة فيقسمها على خمسة، تكون أربعة أخماس لمن شهدها، ثم يأخذ الخمس فيضرب بيده فيه، فيأخذ منه الذي قبض كفه فيجعله للكعبة، وهو سهم الله، ثم يقسم ما بقي على خمسة أسهم فيكون سهم للرسول، وسهم لذي القربى، وسهم لليتامى، وسهم للمساكين وسهم لابن السبيل، قال: والذي جعله للكعبة هو السهم الذي لله».[1]

ثانيا: الفيء:

١٣ - الفيء مصدر فاء إذا رجع. قال الله تعالى: ﴿... حتى تفيء إلى أمر الله﴾[2] أي ترجع.

والفيء في الاصطلاح: المال - ونحوه مما ينتفع به - الحاصل للمسلمين من الكفار مما هو لهم بلا قتال ولا إيجاف خيل ولا ركاب.[3]

ويشمل الفيء: ما جلا عنه الكفار وما أخذه العاشر منهم، والجزية، والخراج. وتركة ذمي أو نحوه مات بلا وارث، وتركة مرتد مات أو قتل على الردة - على تفصيل في المذاهب - وما أخذ من مال تغلبي وتغلبية، وهدية الكفار للإمام عن بعضهم.[1] وقد اختلف الفقهاء في الفيء:

فذهب الحنفية والمالكية - وهو ما رجحه القاضي من روايتين عن أحمد - إلى أن الفيء لا يخمس، ومحله بيت مال المسلمين ويصرفه الإمام باجتهاده في مصالح المسلمين كسد الثغور وبناء القناطر والجسور، وكفاية العلماء والمتعلمين والقضاة والعمال، ورزق المقاتلة وذراريهم..

وقال المالكية: يبدأ بآل النبي ﷺ ندبا.

وقال الشافعية - وهو ما رجحه الخرقي من روايتي أحمد: يخمس الفيء، وخمسه لأصحاب خمس الغنيمة - وقد تقدم بيانهم - والأخماس الأربعة للمرتزقة، وهم الأجناد المرصدون للجهاد. في الأظهر عند الشافعية وما ذهب إليه الخرقي من الحنابلة

ومقابل الأظهر عند الشافعية: أنها تصرف في مصالح المسلمين ولا يختص بها المرتزقة.[2]

ولمزيد من التفصيل ينظر: (فيء).

---

(١) المغني ٦/ ٤٠٦، الأموال لأبي عبيد ١٤، تفسير القرطبي ٨/ ١٠

وقول أبي العالية: كان رسول الله ﷺ يؤتى بالغنيمة فيقسمها على... أخرجه ابن جرير في تفسيره (١٣/ ٥٥٠ - ٥٥١ ط المعارف).

(٢) سورة الحجرات / ٩

(٣) بدائع الصنائع ٧/ ١١٦، جواهر الإكليل ١/ ٢٦٠، مغني المحتاج ٣/ ٩٣، المغني ٦/ ٤٠٣

(١) الدر المختار ٣/ ٢٨٠، الزرقاني ٣/ ١٢٧، مغني المحتاج ٣/ ٩٣، المغني ٦/ ٤٠٢

(٢) الدر المختار ٣/ ٢٨٠، الزرقاني ٣/ ١٢٧، المغني ٦/ ٤٠٦ - ٤١٤، مغني المحتاج ٣/ ٩٥

ثالثا : السلب .

١٤ ـ السلب : ثياب القتيل ـ من الكفار ـ وسلاحه ، ومركوبه وما عليه ومعه من قماش ، ومال (على تفصيل واختلاف) .

وقد ذهب جمهور الفقهاء ـ وهو المشهور عند الشافعية ـ إلى أن السلب ـ إن استحقه القاتل ـ لا يخمس ، لما روى عوف بن مالك وخالد بن الوليد رضي الله عنهما أن رسول الله ﷺ قضى بالسلب للقاتل ولم يخمس السلب»(١) ولقوله ﷺ: «من قتل قتيلا له عليه بينة فله سلبه»(٢) فهو بعمومه يقتضي أن السلب كله للقاتل ولو خمس لم يكن كله له.

ومقابل المشهور عند الشافعية ـ وهو ما حكاه ابن قدامة عن ابن عباس والأوزاعي ومكحول ـ أن السلب يخمس فيدفع خمسه لأهل الفيء ، والباقي للقاتل ، لعموم قول الله تعالى : ﴿واعلموا أنما غنمتم من شيء فأن لله خمسه ...﴾ .

(١) حديث: «قضى رسول الله ﷺ بالسلب للقاتل ...» أخرجه أبو داود (٣/ ١٦٥ ـ تحقيق عزت عبيد دعاس)، وأورده ابن حجر في التلخيص (٣/ ١٠٥ ـ ط شركة الطباعة الفنية) وقال: «وهو ثابت في صحيح مسلم من حديث طويل في قصة لعوف بن مالك مع خالد بن الوليد».

(٢) حديث: «من قتل قتيلا له عليه بينة فله سلبه». أخرجه البخاري (الفتح ٦/ ٢٤٧ ـ ط السلفية)، ومسلم (٣/ ١٣٧١ ـ ط الحلبي) من حديث أبي قتادة.

وقال الحنفية : إذا لم ينفل بالسلب فهو من جملة الغنيمة يخمس ، ولا يستحقه القاتل لقول النبي ﷺ : «ليس للمرء إلا ما طابت به نفس إمامه»(١) فإذا جعل الإمام السلب للقاتل انقطع حق الباقين عنه ، ولا يخمس السلب إلا أن يقول: من قتل قتيلا فله سلبه بعد الخمس ، فإنه يخمس.

وقال إسحاق: إن استكثر الإمام السلب خمسه وذلك إليه ، لما روى ابن سيرين أن البراء ابن مالك بارز مرزبان المرارة بالبحرين فطعنه فدق صلبه وأخذ سواريه وسلبه ، فلما صلى عمر الظهر أتى أبا طلحة في داره فقال: إنا كنا لا نخمس السلب ، وإن سلب البراء قد بلغ مالا وأنا خامسه ، فكان أول سلب خمس في الإسلام سلب البراء ، رواه سعيد في السنن ، وفيها أن سلب البراء بلغ ثلاثين ألفا.(٢)

رابعا : الركاز :

١٥ ـ الركاز: المدفون في الأرض ، واشتقاقه من ركز إذا أخفي ، يقال: ركز الرمح إذا غرز أسفله في الأرض ، ومنه الركز وهو الصوت الخفي

(١) حديث: «ليس للمرء إلا ما طابت به نفس إمامه» أورده الزيلعي في نصب الراية (٤/ ٢٩٠ ـ ط المجلس العلمي) وقال: «رواه الطبراني، وفيه ضعف»، من حديث معاذ.

(٢) الاختيار ٤/ ١٢٣، جواهر الإكليل ١/ ٢٦١، مغني المحتاج ٣/ ١٠٠، ١٠٢، المغني ٨/ ٣٩٠ ـ ٣٩٣

قال الله تعالى : ﴿ ... أو تسمع لهم ركزا ﴾[1]

والواجب في الركاز الخمس لما روى أبو هريرة رضي الله تعالى عنه أن رسول الله ﷺ قال : « ... وفي الركاز الخمس »[2]

ولبيان الواجب في الركاز وما في معناه من المعادن والكنوز ، والشروط التي يتعلق بها الوجوب من حيث طبيعة الدفن ، وصفته ، وموضعه ومصرف الخمس ، ومن يجب عليه ينظر : (زكاة ، ركاز ، معدن ، كنز) .

(١) سورة مريم / ٩٨

(٢) حديث : « أن رسول الله ﷺ قال : ... وفي الركاز الخمس » أخرجه البخاري (الفتح ٣ / ٣٦٤ - ط السلفية) من حديث أبي هريرة .

خنثى

التعريف :

١ - الخنثى في اللغة : الذي لا يخلص لذكر ولا أنثى ، أو الذي له ما للرجال والنساء جميعا من الخنث ، وهو اللين والتكسر ، يقال : خنثت الشيء فتخنث ، أي : عطفته فتعطف ، والاسم الخنث .[1]

وفي الاصطلاح : من له آلتا الرجال والنساء ، أو من ليس له شيء منهما أصلا ، وله ثقب يخرج منه البول .[2]

الألفاظ ذات الصلة :

المخنث :

٢ - المخنث بفتح النون هو الذي يشبه المرأة في اللين والكلام والنظر والحركة ونحو ذلك ، وهو ضربان .

(١) لسان العرب مادة : (خنث) .

(٢) ابن عابدين ٥ / ٤٦٤ ، ونهاية المحتاج ٦ / ٣١ ط مصطفى البابي الحلبي ، والمغني ٦ / ٢٥٣ ، ٦٧٧ ط الرياض ، والعذب الفائض ٢ / ٥٣ ، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٤ / ٤٨٩ .

أحدهما: من خلق كذلك، فهذا لا إثم عليه.

والثاني: من لم يكن كذلك خلقة، بل يتشبه بالنساء في حركاتهن وكلامهن،[1] فهذا هو الذي جاءت الأحاديث الصحيحة بلعنه.

فالمخنث لاخفاء في ذكوريته بخلاف الخنثى.

أقسام الخنثى :

ينقسم الخنثى إلى مشكل وغير مشكل :

أ ـ الخنثى غير المشكل :

٣ ـ من يتبين فيه علامات الذكورة أو الأنوثة، فيعلم أنه رجل، أو امرأة، فهذا ليس بمشكل، وإنما هو رجل فيه خلقة زائدة، أو امرأة فيها خلقة زائدة، وحكمه في إرثه وسائر أحكامه حكم ما ظهرت علاماته فيه.

ب ـ الخنثى المشكل :

٤ ـ هو من لا يتبين فيه علامات الذكورة أو الأنوثة، ولا يعلم أنه رجل أو امرأة، أو تعارضت فيه العلامات، فتحصل من هذا أن المشكل نوعان:

نوع له آلتان، واستوت فيه العلامات، ونوع ليس له واحدة من الآلتين وإنما له ثقب.[2]

(١) ابن عابدين ٣/ ١٨٣، ١٨٤

(٢) ابن عابدين ٥/ ٤٦٤، ٤٦٥، وفتح القدير ٨/ ٥٠٤، ٥٠٥ ط دار صادر، ومواهب الجليل ٦/ ٤٣٤، والشرح

ما يتحدد به نوع الخنثى :

٥ ـ يتبين أمر الخنثى قبل البلوغ بالمبال، وذلك على التفصيل الآتي :

ذهب جمهور الفقهاء إلى أن الخنثى قبل البلوغ إن بال من الذكر فغلام، وإن بال من الفرج فأنثى، لما روي عن ابن عباس رضي الله تعالى عنهما، أن النبي ﷺ سئل عن المولود له قبل وذكر، من أين يورث؟ قال يورث من حيث يبول.[1] وروي أنه عليه الصلاة والسلام أتي بخنثى من الأنصار، فقال: «ورثوه من أول ما يبول منه».[2] ولأن منفعة الآلة عند الانفصال من الأم خروج البول، وما سواه من المنافع يحدث بعدها، وإن بال منهما جميعا فالحكم للأسبق، وروي ذلك عن علي ومعاوية، وسعيد بن المسيب، وجابر بن زيد وسائر أهل العلم.

* الصغير ٤/ ٧٢٥، ٧٢٦، ٧٢٢، والأشباه والنظائر للسيوطي/ ٢٤١، ٢٤٢، والمغني ٦/ ٢٥٣، ٢٥٤، وروضة الطالبين ٦/ ٧٨

(١) حديث: «سئل في المولود له قبل وذكر، من أين يورث؟» أخرجه البيهقي (٦/ ٢٦١ ـ ط دائرة المعارف العثمانية) من طريق الكلبي عن أبي صالح عن ابن عباس وضعف إسناده. وقال ابن حجر في التلخيص (٦/ ١٢٨ ـ ط شركة الطباعة الفنية): «الكلبي هو محمد بن السائب: متروك الحديث بل كذاب».

(٢) حديث: «ورثوه من أول ما يبول منه». أورده المغني (٦/ ٢٥٣ ط الرياض) ولم نعثر عليه فيما لدينا من كتب السنة.

وإن استويا فذهب المالكية والحنابلة وأبو يوسف ومحمد من الحنفية إلى اعتبار الكثرة، وحكي هذا عن الأوزاعي، لأن الكثرة مزية لإحدى العلامتين، فيعتبر بها كالسبق، فإن استويا فهو حينئذ مشكل، إلا أن بعض المالكية قال: ليس المراد بالكثرة أن يكون أكثر كيلا أو وزنا، فإذا بال مرتين من الفرج ومرة من الذكر دل على أنه أنثى، ولو كان الذي نزل من الذكر أكثر كيلا أو وزنا.

ويرى بقية الفقهاء أنه لا عبرة بالكثرة، لأن الكثرة ليست بدليل على القوة، لأن ذلك لا تساع المخرج وضيقه، لا لأنه هو العضو الأصلي، ولأن نفس الخروج دليل بنفسه، فالكثير من جنسه لا يقع به الترجيح عند المعارضة كالشاهدين والأربعة، وقد استقبح أبو حنيفة ذلك فقال: وهل رأيت قاضيا يكيل البول بالأواقي؟

٦ ـ وأما بعد البلوغ فيتبين أمره بأحد الأسباب الآتية:

إن خرجت لحيته، أو أمنى بالذكر، أو أحبل امرأة، أو وصل إليها، فرجل، وكذلك ظهور الشجاعة والفروسية، ومصابرة العدو دليل على رجوليته كما ذكره السيوطي نقلا عن الإسنوي.

وإن ظهر له ثدي ونزل منه لبن أو حاض، أو أمكن وطؤه، فامرأة، وأما الولادة فهي تفيد القطع بأنوثته، وتقدم على جميع العلامات المعارضة لها.

وأما الميل، فإنه يستدل به عند العجز عن الأمارات السابقة، فإن مال إلى الرجال فامرأة، وإن مال إلى النساء فرجل، وإن قال أميل إليهما ميلا واحدا، أو لا أميل إلى واحد منهما فمشكل.[1]

قال السيوطي: وحيث أطلق الخنثى في الفقه، فالمراد به المشكل.[2]

أحكام الخنثى المشكل:

٧ ـ الضابط العام في بيان أحكام الخنثى المشكل أنه يؤخذ فيه بالأحوط والأوثق في أمور الدين ولا يحكم بثبوت حكم وقع الشك في ثبوته.

وفيما يلي تفصيل بعض الأحكام المتعلقة بالخنثى.

عورته:

٨ ـ يرى الحنفية والشافعية أن عورة الخنثى كعورة المرأة حتى شعرها النازل عن الرأس خلا الوجه والكفين، ولا يكشف الخنثى للاستنجاء

(١) ابن عابدين ٥/ ٤٦٤، ٤٦٥، وفتح القدير ٨/ ٥٠٤، ٥٠٥ ط دار صادر والشرح الصغير، والأشباه والنظائر للسيوطي/ ٢٤١، ٢٤٢، وروضة الطالبين ١/ ٧٨، والمغني ٦/ ٦٧٧، ٦٧٩

(٢) الأشباه والنظائر للسيوطي/ ٢٤٨ ط دار الكتب العلمية

ولا للغسل عند أحد أصلاً، لأنها إن كشفت عند رجال احتمل أنها أنثى، وإن كشفت عند أنثى احتمل أنه ذكر. وأما ظهر الكف فقد صرح الحنفية أنها عورة على المذهب، والمفتى على المعتمد، وصوتها على الراجح، وذراعيها على المرجوح.[1]

وصرح المالكية بأنه يستتر ستر النساء في الصلاة والحج بالأحوط، فيلبس ما تلبس المرأة.[2]

وأما الحنابلة فالخنثى عندهم كالرجل في ذلك، لأن ستر ما زاد على عورة الرجل محتمل، فلا يوجب عليه أمر محتمل ومتردد.[3]

نقض وضوئه بلمس فرجه :

٩ - ذهب الحنفية والمالكية في رواية إلى عدم نقض الوضوء بلمس الفرج مطلقاً[4]

ويرى المالكية في المذهب أن الوضوء ينقض بلمس الخنثى فرجه.[5]

وعند الشافعية ينتقض الوضوء بمس فرجيه جميعاً.[6]

(١) ابن عابدين ١/ ١٠٥، ٢٠٧، والأشباه والنظائر لابن نجيم/ ٣٨٤ ط دار الفكر بدمشق، وروضة الطالبين ١/ ٢٨٣، والأشباه والنظائر للسيوطي/ ٢٤٠

(٢) الحطاب ٦/ ٤٣٣

(٣) المغني ١/ ٦٠٥

(٤) الاختيار ١/ ١٠، ومواهب الجليل ١/ ٢٩٩، ٦/ ٤٣٣

(٥) مواهب الجليل ١/ ٢٩٩، و٦/ ٤٣٣

(٦) الأشباه والنظائر للسيوطي/ ٢٤٣

وأما الحنابلة فقد فصلوا الكلام فيه وقالوا: إن الخنثى لو لمس أحد فرجيه لم ينتقض وضوؤه، لأنه يحتمل أن يكون الملموس خلقة زائدة، وإن لمسهما جميعاً فعلى قول عدم نقض وضوء المرأة بمس فرجها لا ينتقض وضوؤه لجواز أن يكون امرأة مست فرجها، أو خلقة زائدة، وينتقض على قول نقض وضوء المرأة بمس فرجها، لأنه لابد أن يكون أحدهما فرجاً. وفي الموضوع تفصيل يرجع فيه إلى مصطلح: (حدث) و(وضوء).[1]

وجوب الغسل على الخنثى :

١٠ - ذهب الحنفية والشافعية والحنابلة - خلافاً للمالكية - إلى أنه لا يجب الغسل على الخنثى بإيلاج بلا إنزال لعدم تغييب الحشفة الأصلية بيقين.[2]

أذانه :

١١ - لا خلاف بين الفقهاء في أنه لا يصح أذان الخنثى وأنه لا يعتد به، لأنه لا يعلم كونه رجلاً. ولأنه إن كان أنثى خرج الأذان عن كونه قربة، ولم يصح.[3]

(١) المغني ١/ ١٨٢، ١٨٣.

(٢) ابن عابدين ١/ ١٠٩، وحاشية الزرقاني ١/ ٩٦، ٩٧، وروضة الطالبين ١/ ٨٢، ٨٣، والأشباه والنظائر للسيوطي/ ٢٤٣، والمغني ١/ ٢٠٥

(٣) ابن عابدين ١/ ٢٦٣، ٢٦٤، وحاشية الدسوقي =

وقوفه في الصف في صلاة الجماعة :

١٢ - لا خلاف بين الفقهاء في أنه إذا اجتمع رجال، وصبيان، وخناثى، ونساء، في صلاة الجماعة، تقدم الرجال، ثم الصبيان، ثم الخناثى، ثم النساء، ولو كان مع الإمام خنثى وحده، فتصرح الحنابلة بأن الإمام يقفه عن يمينه، لأنه إن كان رجلا، فقد وقف في موقفه، وإن كان امرأة لم تبطل صلاتها بوقوفها مع الإمام، كما لا تبطل بوقوفها مع الرجال.

والمشهور عند الحنفية أن محاذاته للرجل مفسدة للصلاة.[1]

والشافعية والحنابلة ما عدا ابن عقيل إلى أن الخنثى إذا أم النساء قام أمامهن لا وسطهن، لاحتمال كونه رجلا، فيؤدي وقوفه وسطهن إلى محاذاة الرجل للمرأة.

ثم يرى الحنفية أن الخنثى لو صلى وسطهن فسدت صلاته بمحاذاتهن على تقدير ذكورته، وتفسد صلاتهن على هذا الأساس. والشافعية على أن التقدم عليهن مستحب، ومخالفته لا تبطل الصلاة.

وقال ابن عقيل : يقوم وسطهن ولا يتقدمهن.

وصرح الحنابلة بأنه لا فرق في ذلك بين الفرض والتراويح وغيرها.

وفي رواية عن أحمد تصح في التراويح إذا كان الخنثى قارئا والرجال أميون ويقفون خلفه.

إمامته :

١٣ - لا خلاف بين الفقهاء في أن الخنثى لا تصح إمامته لرجل ولا لمثله، لاحتمال أنوثته، وذكورة المقتدي، وأما النساء فتصح إمامة الخنثى لهن مع الكراهة أو بدونها عند الحنفية والشافعية، والحنابلة، لأن غايته أن يكون امرأة، وإمامتها بالنساء صحيحة.

واختلفوا في كيفيتها : فذهب الحنفية

وأما المالكية فلا يتأتى ذلك عندهم، لأن الذكورة شرط عندهم في صحة الإمامة، فلا تجوز إمامة الخنثى ولو لمثله في نفل، وإن لم يوجد رجل يؤتم به.

ولأبي حفص البرمكي من الحنابلة أن الخنثى لا تصح صلاته في جماعة، لأنه إن قام مع الرجال احتمل أن يكون امرأة، وإن قام مع النساء أو وحده، أو ائتم بامرأة احتمل أن يكون رجلا، وإن أم الرجال احتمل أن يكون امرأة، وإن أم النساء فقام وسطهن احتمل أنه رجل، وإن قام بين أيديهن احتمل أنه امرأة، ويحتمل

= ١/ ١٩٥، والزرقاني ١/ ١٦٠، والقليوبي ١/ ٢٢٩، وروضة الطالبين ١/ ٢٠٢، وكشاف القناع ٢/ ٤٥، والمغني ٢/ ١١٣، ونيل المآرب ١/ ١٦٤

(١) ابن عابدين ١/ ٣٨٤، ٣٨٥، ومواهب الجليل ٢/ ٤٣٣، والأشباه والنظائر للسيوطي ص ٢٤٥، وكشاف القناع ١/ ٤٨٨، ٤٨٩، والمغني ١/ ٢١٨، ٢١٩، ٢/ ١٩٩

أن تصح صلاته في هذه الصورة ، وفي صورة أخرى ، وهو أن يقوم في صف الرجال مأموما ، فإن المرأة إذا قامت في صف الرجال لم تبطل صلاتها ولا صلاة من يليها عند الحنابلة .(١)

حجه وإحرامه :

١٤ - ذهب جمهور الفقهاء إلى أن الخنثى كالأنثى في شروط وجوب الحج ، وفي لبس المخيط ، والقرب من البيت ، والرمل في الطواف ، والاضطباع ، والرمل بين الميلين في السعي ، والوقوف ، والتقديم من مزدلفة ، ولا يحج إلا مع ذي محرم لا مع جماعة رجال فقط ، ولا مع نساء فقط ، إلا أن يكونوا من محارمه .

ويرى الحنابلة أن الخنثى إذا أحرم لم يلزمه اجتناب المخيط ، فلا فدية عليه إن غطى رأسه ، لاحتمال كونه امرأة ، وكذلك لو غطى وجهه من غير لبس للمخيط ، لاحتمال كونه رجلا ، فإن غطى وجهه ورأسه معا فدى ، لأنه إن كان أنثى فقد غطى وجهه ، وإن كان رجلا فقد غطى رأسه ، وكذلك لو غطى وجهه ولبس المخيط ، لأنه إن كان أنثى فمغطية وجهه ، وإن كان ذكرا فلابس المخيط .

وقال أبو يوسف من الحنفية : لا علم لي في لباسه ، لأنه إن كان ذكرا يكره له لبس المخيط ، وإن كان أنثى يكره له تركه .(١)

وينظر : (حج) .

النظر والخلوة :

١٥ - صرح جمهور الفقهاء بأن الخنثى لا يخلو به غير محرم من رجل ولا امرأة ، ولا يسافر بغير محرم من الرجال احتياطا ، وتوقيا عن احتمال الحرام ، وكذلك لا ينكشف الخنثى المراهق للنساء ، لاحتمال كونه رجلا ، ولا للرجال لاحتمال كونه امرأة ، والمراد بالانكشاف هو أن يكون في إزار واحد ، لا إبداء موضع العورة ، لأن ذلك لا يحل لغير الأنثى أيضا .

وقال القفال من الشافعية : بالجواز استصحابا لحكم الصغر ، وبه قطع بعض الشافعية .(٢)

---

(١) ابن عابدين ١/ ٣٨٠ ، والقوانين الفقهية / ٩٨ ، ومواهب الإكليل على هامش مواهب الجليل ٢/ ٩١ ، والدسوقي ١/ ٣٣٦ ، وجواهر الإكليل ١/ ٧٨ ط مكة ، والقليوبي ١/ ٢٣٦ ، وروضة الطالبين ١/ ٣٥١ ، والأشباه والنظائر للسيوطي / ٢٤٣ ، والمغني ١/ ٢٧٩ ، ٢/ ١٩٩ ، ٢٠٠ .
كشاف القناع ١/ ٤٧٩

(١) فتح القدير ٨/ ٥٠٦ ط دار صادر ، والأشباه والنظائر لابن نجيم / ٣٨٤ ط دار الفكر بدمشق ، والحطاب ٦/ ٤٣٣ ، والأشباه والنظائر للسيوطي / ٢٤٣ ، وأسنى المطالب ١/ ٥٠٧ ، وحاشية الجمل ٢/ ٥١٦ ، وكشاف القناع ٢/ ٤٢٦ ، ٤٦٨ ، والمغني ٣/ ٣٣١
(٢) الاختيار ٣/ ٣٩ ، وفتح القدير ٨/ ٥٠٧ ، ٥٠٨ ، والأشباه والنظائر لابن نجيم / ٣٨٤ ، وابن عابدين ٥/ ٤٦٥ ، وأسنى المطالب ٣/ ١١٤ ، ٤/ ١٦٩ ، -

نكاحه :

١٦ - ذهب الحنفية إلى أن الخنثى إن زوجه أبوه رجلا فوصل إليه جاز، وكذلك إن زوجه امرأة فوصل إليها، وإلا أجل كالعنين. (١)

ويرى المالكية، وهو المذهب لدى الشافعية أنه يمتنع النكاح في حقه من الجهتين، أي لا ينكح ولا ينكح، وفي رواية ابن المنذر عن الشافعي ينكح بأيهما شاء، ثم لا ينتقل عما اختاره. قال العقباني: ولعله يريد: إذا اختار واحدا، وفعله، أما مجرد الاختيار دون فعل فلا ينبغي أن يمنعه من اختيار الطرف الآخر. (٢)

واختلف الحنابلة في نكاحه: فذكر الخرقي: أنه يرجع إلى قوله، فإن ذكر أنه رجل، وأنه يميل طبعه إلى نكاح النساء، فله نكاحهن، وإن ذكر أنه امرأة يميل طبعها إلى الرجال زوج رجلا، لأنه معنى لا يتوصل إليه إلا من جهته، وليس فيه إيجاب حق على غيره، فيقبل قوله فيه، كما يقبل قول المرأة في حيضتها وعدتها، وقد يعرف نفسه بميل طبعه إلى أحد الصنفين وشهوته له.

وقال أبو بكر: لا يجوز أن يتزوج حتى يبين أمره، وأورده نصا عن أحمد، وذلك لأنه لم يتحقق وجود ما يبيح له النكاح، فلم يبح له كما لو اشتبهت عليه أخته بنسوة، ولأنه قد اشتبه المباح بالمحظور في حقه فحرم. (١)

وتفصيل ذلك في (نكاح).

رضاعه :

١٧ - يرى الحنفية وجمهور الحنابلة أنه إن ثاب (اجتمع) لخنثى لبن لم يثبت به التحريم، لأنه لم يثبت كونه امرأة، فلا يثبت التحريم مع الشك. (٢)

وأما عند المالكية فلم يرد نص في لبن الخنثى، ولكن الظاهر كما قال بعض فقهائهم: إنه ينشر الحرمة قياسا على من تيقن الطهارة وشك في الحدث، فيتيقن حصول لبنه بجوف رضيع كتيقن الطهارة، والشك في كونه ذكرا أو أنثى كالشك في الحدث. (٣)

وذهب الشافعية وابن حامد من الحنابلة إلى أنه يوقف الأمر حتى ينكشف أمر الخنثى، فإن بان أنثى حرم، وإلا فلا، ولكن يحرم عليه نكاح من ارتضع بلبنه. (٤)

= وروضة الطالبين ٧/ ٢٩، والأشباه والنظائر للسيوطي/ ٢٤٤ ط دار الهلال، وكشاف القناع ٥/ ١٥

(١) الأشباه والنظائر لابن نجيم/ ٣٨٢، ٣٨٣ ط دار الفكر

(٢) مواهب الجليل ٦/ ٤٣٦ ط دار الفكر، والقليوبي ٣/ ٢٤٤، ونهاية المحتاج ٦/ ٢٦١، والأشباه والنظائر للسيوطي/ ٢٤٥

---

(١) المغني ٦/ ٦٧٧ و٦٧٨، وكشاف القناع ٥/ ٩٠

(٢) ابن عابدين ٢/ ٤٠٠، وكشاف القناع ٥/ ٤٤٥، والمغني ٧/ ٥٤٥

(٣) حاشية الزرقاني ٤/ ٢٣٩

(٤) حاشية الجمل ٤/ ٤٧٥، وروضة الطالبين ٩/ ٣، والمغني ٧/ ٥٤٥

إقرار الخنثى :

١٨ - ذهب جمهور الفقهاء إلى أنه إن أقر على نفسه بما يقلل ميراثه أو ديته قبل منه ، وإن ادعى ما يزيد ذلك لم يقبل لأنه متهم فيه فلا يقبل قوله على غيره . وما كان من عباداته وغير ذلك ينبغي أن يقبل قوله فيه ، لأنه حكم بينه وبين الله تعالى ، ولا يقبل قوله في سقوط المهر عنه .(١)

شهادة الخنثى وقضاؤه :

١٩ - ذهب جمهور الفقهاء إلى أن الخنثى كالأنثى في الشهادة ، فتقبل شهادته مع رجل وامرأة في غير حد وقود ، ويعد في شهادته امرأة . قال ابن حبيب من المالكية : ويحكم فيه بالأحوط ، وسلوك الأحوط في شهادته أن لا تقبل إلا في الأموال ويعد في شهادته امرأة .(٢)

وأما قضاؤه ، فيرى المالكية والشافعية والحنابلة أنه لا يصح تولية الخنثى ، ولا ينفذ ، لأنه لا يعلم كونه ذكرا .(٣)

ويرى الحنفية أن الخنثى كالأنثى يصح قضاؤه في غير حد وقود بالأولى ، وينبغي أن لا يصح في الحدود والقصاص لشبهة الأنوثة .(١)

الاقتصاص للخنثى والاقتصاص منه :

٢٠ - لا خلاف بين الفقهاء في أنه يقتل كل واحد من الرجل والمرأة بالخنثى ، ويقتل بهما لأنه لا يخلو من أن يكون ذكرا أو أنثى . واختلفوا في القصاص فيما دون النفس .

فذهب المالكية والشافعية والحنابلة إلى وجوب القصاص في الأطراف سواء قطعها رجل أو امرأة .

وذهب الحنفية إلى أنه لا قصاص على قاطع يد الخنثى ولو عمدا ، ولو كان القاطع امرأة ، ولا تقطع يده إذا قطع يد غيره عمدا لاحتمال عدم التكافؤ .(٢)

وتفصيل ذلك في القصاص .

دية الخنثى :

٢١ - إن كان المقتول خنثى فذهب الحنفية

---

(١) فتح القدير ٨/ ٥٠٨ ط دار صادر ، والأشباه والنظائر لابن نجيم / ٣٨٢ ط مكتبة الهلال ، والمغني ٦/ ٦٧٧ ، ٦٧٨ و٧/ ٤٦١ ، ٤٦٢ .

(٢) ابن عابدين ٤/ ٣٧٧ ، ٣٨٥ ، والحطاب ٦/ ٤٣٢ ، وروضة الطالبين ١١/ ٢٥٥ ، والأشباه والنظائر للسيوطي / ٢٤٣

(٣) الشرح الصغير ٤/ ١٨٧ ، وروضة الطالبين ١١/ ٩٥ ، والأشباه والنظائر للسيوطي / ٢٤٣ ، والكافي ٣/ ٤٣٣ ط المكتب الإسلامي بدمشق .

---

(١) ابن عابدين ٤/ ٣٥٦

(٢) الأشباه والنظائر لابن نجيم / ٣٨٣ ط دار الفكر ، وابن عابدين ٥/ ٣٦٨ ، ٣٦٩ ، ومواهب الجليل ٦/ ٢٣٣ ، وروضة الطالبين ٩/ ١٥٦ ، ١٥٩ ، والمغني ٧/ ٦٧٩ ، ٦٨٠ ، ٧١٥ .

والمالكية والحنابلة إلى أن فيه نصف دية ذكر ونصف دية أنثى، لأنه يحتمل الذكورة والأنوثة احتمالا واحدا، وقد يئس من احتمال انكشاف حاله، فيجب التوسط بينهما، والعمل بكلا الاحتمالين.[1]

ويرى الشافعية أن الواجب دية أنثى، لأنه اليقين، فلا يجب الزائد بالشك.[2]

وأما دية جراحه وأطرافه، فذهب الحنفية والشافعية إلى أنها نصف ذلك من الرجل.

والمتبادر من كلام المالكية وهو المذهب لدى الحنابلة، وقول للشافعية: إنه يساوي الرجل في الأطراف إلى ثلث الدية، فإذا زاد على الثلث صارت على النصف عند المالكية والشافعية، وعلى ثلاثة أرباع دية الذكر عند الحنابلة، وتفصيل ذلك في الديات.[3]

وجوب العقل (الدية) على الخنثى:

٢٢ - صرح الشافعية والحنابلة وهو مقتضى قواعد الحنفية والمالكية، بأنه لا تدخل الخنثى في العاقلة، لاحتمال أن يكون امرأة، ثم إن بان

---

(١) مواهب الجليل ٦/ ٤٢٣، والمغني ٨/ ٦٢، ٦٣

(٢) روضة الطالبين ٩/ ١٤٩، ٢٥٧، والأشباه والنظائر للسيوطي ٢٤٣، والمغني ٨/ ٦٦

(٣) ابن عابدين ٥/ ٣٦٨، ٣٦٩، والقوانين الفقهية ٣٤٥، وروضة الطالبين ٩/ ٢٥٧، والمغني ٨/ ٥٢، ٦٢

ذكرا، فالأصح عند الشافعية أن يغرم حصته التي أداها غيره.[1]

دخوله في القسامة:

٢٣ - يرى الحنفية وهو قول للحنابلة: أن الخنثى لا يدخل في القسامة، لأنه لا يدخل في العاقلة، ولا يثبت القتل بشهادته أشبه المرأة. والمتبادر من كلام المالكية في القتل الخطأ وهو قول آخر للحنابلة: أن الخنثى يقسم، لأن سبب القسامة وجد في حقه، وهو كونه مستحقا للدم، ولم يتحقق المانع من يمينه.

ويرى الشافعية أنه يحلف الخنثى الأكثر ويأخذ الأقل للشك، ويوقف الباقي على المدعى عليه إلى البيان أو الصلح، ولا تعاد القسمة بعد البيان فيعطى الباقي لمن تبين أنه له بلا يمين.[2]

حد قاذفه:

٢٤ - يرى المالكية والشافعية وهو المتبادر من كلام الحنابلة أن من قذف الخنثى بفعل يحد به

---

(١) الاختيار ٥/ ٦١، وابن عابدين ٥/ ٤١٠ - ٤١٣، والتاج والإكليل هامش مواهب الجليل ٦/ ٢٦٧، وجواهر الإكليل ٢/ ٢٧٦، وروضة الطالبين ٩/ ٣٥٥، والتشريع ٤/ ٢٥٧، وحاشية الدسوقي ٥/ ٦٤، والأشباه والنظائر للسيوطي ٢٤٣، وكشاف القناع ٦/ ٦٠

(٢) الاختيار ٣/ ٤٠، والحطاب ٦/ ٢٧٣، والقليوبي ٤/ ١٦٦، والمغني ٨/ ٨١

الخنثى يجب فيه حد القذف ، فإذا رماه شخص بأنه زنى بفرجه الذكر، أو في فرجه الذي للنساء فلا حد عليه، لأنه إذا زنى بأحدهما لا حد عليه.[1]

وذهب الحنفية إلى أنه لا يحد قاذف الخنثى ، لأنه إن كان رجلا فهو كالمجبوب، وإن كان امرأة فهي كالرتقاء، ولا يحد قاذفهما، لأن الحد لنفي التهمة، وهي منتفية عنهما، ولكن في ذلك التعزير.[2]

ختانه :

٢٥ ـ اختلف الفقهاء في جواز ختان الخنثى على أقوال: فذهب الحنفية إلى أن الخنثى الصغير الذي لا يشتهى يجوز أن يختنه الرجل أو المرأة.[3]

وأما المالكية فقال بعض فقهائهم: لا يوجد نص في ذلك، ويرى ابن ناجي كما نقله الحطاب: أن الخنثى لا يختن تطبيقا لقاعدة: تغليب الحظر على الإباحة. ومسائله تدل على ذلك.[4]

ويرى الشافعية أن الخنثى لا يختن في صغره، فإذا بلغ فوجهان:

أحدهما: وهو المشهور يجب ختان فرجيه.

والثاني: وهو الأصح: أنه لا يجوز لأن الجرح لا يجوز بالشك، فعلى الأول، إن أحسن الختان، ختن نفسه، فإن لم يمكن تولاه الرجال والنساء للضرورة.[1]

وقال الحنابلة: يختن فرجي الخنثى احتياطا.[2]

لبسه الفضة والحرير :

٢٦ ـ ذهب جمهور الفقهاء إلى أنه يحرم على الخنثى في الجملة لبس الحرير والذهب والفضة ، وذهب الحنفية إلى أن الخنثى يكره له لبس الحرير والحلي، لأنه حرام على الرجال دون النساء، وحاله لم يتبين بعد، فيؤخذ بالاحتياط، فإن اجتناب الحرام فرض، والإقدام على المباح مباح، فيكره حذرا عن الوقوع في الحرام.[3]

---

(1) الشرح الصغير ٤/ ٤٦٣، والحطاب ٦/ ٤٣٣، والكافي ٣/ ٢١٦، وروضة الطالبين ٨/ ٣١٤، ٣٤٧

(2) البدائع ٧/ ٣٢٩، والأشباه والنظائر لابن نجيم/ ٣٨٢ ط دار الفكر

(3) الاختيار ٣/ ٣٩، والبدائع ٧/ ٣٢٨، وفتح القدير ٨/ ٥٠٦ و٥٠٧ ط دار صادر

(4) الحطاب ٣/ ٢٥٩

---

(1) شرح المنهج على حاشية الجمل ٥/ ١٧٤، وأسنى المطالب ٤/ ١٦٤، ١٦٥، وروضة الطالبين ١٠/ ١٨١، والأشباه والنظائر للسيوطي/ ٢٤٤

(2) كشاف القناع ١/ ٨٠

(3) الأشباه والنظائر لابن نجيم/ ٣٨٢ ط دار الفكر، والاختيار ٣/ ٣٩، والعناية على هامش فتح القدير ٨/ ٥٠٧، والبدائع ٧/ ٣٢٩، وابن عابدين ٥/ ٤٦٥، والأشباه والنظائر للسيوطي/ ٢٤٢، وروضة الطالبين ٢/ ٦٦، ٦٧، وكشاف القناع ١/ ٢٨١ و٦/ ٢٢٨

غسله وتكفينه ودفنه :

٢٧ - إذا مات الخنثى فاختلف الفقهاء في غسله على أقوال :

فذهب الحنفية إلى أن الخنثى إن مات لم يغسله رجل ولا امرأة، لأن غسل الرجل امرأة، وعكسه غير ثابت في الشرع، فإن النظر إلى العورة حرام، والحرمة لم تزل بالموت فييمم بالصعيد، لتعذر الغسل، وييممه بخرقة إن كان أجنبيا، ويصرف وجهه عن ذراعيه لجواز كونه امرأة، وبغير خرقة إن يممه ذو رحم محرم منه.[1]

وفصل الشافعية القول فيه: فقالوا : إذا مات الخنثى وليس هناك محرم له من الرجال أو النساء، فإن كان صغيرا لم يبلغ حدا يشتهى مثله جاز للرجال والنساء غسله، وإن كان كبيرا فوجهان:

أحدهما: ييمم ويدفن. والثاني : يغسل، وفيمن يغسله أوجه: أصحها وبه قال أبو زيد : يجوز للرجال والنساء جميعا غسله للضرورة واستصحابا بحكم الصغر، والثاني: أنه في حق الرجال كالمرأة، وفي حق النساء كالرجل أخذا بالأحوط.[2]

وقال الحنابلة: إن الخنثى إذا كان له سبع سنين فأكثر ييمم بحائل من خرقة ونحوها، والرجل أولى بتيميم الخنثى من المرأة.[1]

٢٨ - ويكفن الخنثى كما تكفن الجارية في خمسة أثواب بيض، لأنه إن كان أنثى فقد أقيمت السنة، وإن كان ذكرا فقد زادوا على الثلاث، ولا بأس بذلك. فإن للرجل أن يلبس في حياته أزيد على الثلاثة. وأما إذا كان أنثى كان في الاقتصار على الثلاثة ترك السنة.

وإذا صلي عليه، وعلى رجل، وعلى امرأة، وضع الخنثى بين الرجال والمرأة اعتبارا بحال الحياة، لأنه يقوم بين صف الرجال والنساء في الصلاة.

ولو دفن مع رجل في قبر واحد من عذر جعل الخنثى خلف الرجل، لاحتمال أنه امرأة، ويجعل بينهما حاجز من صعيد فيصير ذلك في حكم قبرين، وإن كان مع امرأة قدم الخنثى، لاحتمال أنه رجل.

وتستحب تسجية قبره عند دفنه، لأنه إن كان أنثى أقيم الواجب، وإن كان ذكرا فالتسجية لا تضره.[2]

---

(١) فتح القدير ٨/ ٥٠٦ ، ٥٠٩ ط دار صادر، والبدائع ٧/ ٣٢٨، وابن عابدين ٥/ ٤٦٦

(٢) أسنى المطالب ١/ ٣٠٣، وروضة الطالبين ٢/ ١٠٥، ونهاية المحتاج ٢/ ٤٠٦، والأشباه والنظائر للسيوطي/ ٢٤٥

(١) كشاف القناع ٢/ ٩١

(٢) فتح القدير ٨/ ٥٠٨ ، ٥٠٩، والأشباه والنظائر لابن نجيم/ ٣٨٢ ط دار الفكر، وابن عابدين ٥/ ٤٦٦، والبدائع ٧/ ٣٢٨، وكشاف القناع ٢/ ١٠٦ ، ١٠٨

إرثه :

٢٩ - ذهب المالكية في المشهور من المذهب ، والحنابلة وأبو يوسف ومحمد من الحنفية إلى أن الخنثى يرث نصف ميراث ذكر، ونصف ميراث أنثى عملا بالشبهين ، وهذا قول ابن عباس والشعبي ، وابن أبي ليلى ، وأهل المدينة ، ومكة ، والثوري وغيرهم .

وورثه أبو حنيفة أقل النصيبين احتياطا، ويعطيه الشافعية اليقين ، ويوقف الباقي حتى يتبين الأمر أو يصطلحوا ، ولو مات الخنثى قبل اتضاحه لم يبق إلا الصلح في القدر الموقوف (المحجوز)، وبه قال أبو ثور وداود وابن جرير.(١)

وفي كيفية إرثه خلاف وتفصيل يرجع فيه إلى مصطلح (إرث).

(١) الاختيار ٥/ ١١٥ ، وفتح القدير ٨/ ٥٠٩ ، وابن عابدين ٥/ ٤٦٦ ، ومواهب الجليل ٦/ ٤٢٦ ، ٤٢٧ ، ونهاية المحتاج ٦/ ٣١ ، ٣٢ ط مصطفى البابي الحلبي ، والقليوبي ٣/ ١٥٠ ، والمغني ٦/ ١٥٤ ، ونيل المآرب ٢/ ٩٣.

خنزير

التعريف :

١ - الخنزير حيوان خبيث . قال الدميري : الخنزير يشترك بين البهيمية والسبعية ، فالذي فيه من السبع الناب وأكل الجيف ، والذي فيه من البهيمية الظلف وأكل العشب والعلف .

أحكام الخنزير :

٢ - تدور أحكام الخنزير على اعتبارات :

الأول : تحريم لحمه وسائر أجزائه .

الثاني : اعتبار نجاسة عينه .

والثالث : اعتبار ماليته .

وترتب على كل من هذه الاعتبارات أو على جميعها جملة من الأحكام الشرعية .

٣ - أما الاعتبار الأول فقد أجمعت الأمة على حرمة أكل لحم الخنزير إلا لضرورة . لقوله سبحانه وتعالى : ﴿قل لا أجد فيما أوحي إلي محرما على طاعم يطعمه إلا أن يكون ميتة أو دما مسفوحا أو لحم خنزير فإنه رجس أو فسقا أهل

لغير الله به فمن اضطر غير باغ ولا عاد فإن ربك غفور رحيم﴾.[1]

ونص الحنابلة على تقديم أكل الكلب على الخنزير عند الضرورة، وذلك لقول بعض الفقهاء بعدم تحريم أكل الكلب.

كما يقدم شحم الخنزير وكليته وكبده على لحمه، لأن اللحم يحرم تناوله بنص القرآن، فلا خلاف فيه. ونص المالكية على وجوب تقديم ميتة غير الخنزير على الخنزير عند اجتماعهما، لأن الخنزير حرام لذاته، وحرمة الميتة عارضة.[2]

٤ ـ وأما الاعتبار الثاني: وهو اعتبار نجاسة عينه:

فقد اتفق الحنفية والشافعية والحنابلة على نجاسة عين الخنزير، وكذلك نجاسة جميع أجزائه وما ينفصل عنه كعرقه ولعابه ومنيه.[3] وذلك لقوله تعالى: ﴿قل لا أجد فيما أوحي إلي محرما على طاعم يطعمه إلا أن يكون ميتة أو دما مسفوحا أو لحم خنزير فإنه رجس أو فسقا أهل لغير الله به فمن اضطر غير باغ ولا عاد فإن

(١) سورة الأنعام/ ١٤٥

(٢) حاشية ابن عابدين ٥/ ١٩٤، حاشية الدسوقي ٢/ ١١٦، ١١٧، مطالب أولي النهى ٦/ ٣١٩، المجموع ٩/ ٢ و٣٩

(٣) فتح القدير ١/ ٦٢، بدائع الصنائع ١/ ٦٣، شرح العناية على الهداية ١/ ٦٢ بهامش فتح القدير، ونهاية المحتاج ١/ ٢١٩، وكشاف القناع ١/ ١٨١

ربك غفور رحيم﴾.[1] والضمير في قوله تعالى: ﴿أو لحم خنزير فإنه رجس﴾ راجع إلى الخنزير فيدل على تحريم عين الخنزير وجميع أجزائه.

وذلك لأن الضمير إذا صلح أن يعود إلى المضاف وهو (اللحم)، والمضاف إليه وهو (الخنزير) جاز أن يعود إليهما.

وعوده إلى المضاف إليه أولى في هذا المقام لأنه مقام تحريم، لأنه لو عاد إلى المضاف وهو اللحم لم يحرم غيره، وإن عاد إلى المضاف إليه حرم اللحم وجميع أجزاء الخنزير.

فغير اللحم دائر بين أن يحرم وأن لا يحرم فيحرم احتياطا وذلك بإرجاع الضمير إليه طالما أنه صالح لذلك، ويقوي رجوع الضمير إلى الخنزير، أن تحريم لحمه داخل في عموم تحريم الميتة، وذلك لأن الخنزير ليس محلا للتذكية فينجس لحمه بالموت.

وذهب المالكية إلى طهارة عين الخنزير حال الحياة، وذلك لأن الأصل في كل حي الطهارة، والنجاسة عارضة، فطهارة عينه بسبب الحياة، وكذلك طهارة عرقه ولعابه ودمعه ومخاطه.[2]

وما يترتب على الحكم بنجاسة عين الخنزير:

(١) سورة الأنعام/ ١٤٥

(٢) الشرح الصغير ١/ ٤٣

أولا : دباغ جلد الخنزير :

٥ ـ اتفق الفقهاء على أنه لا يطهر جلد الخنزير بالدباغ ولا يجوز الانتفاع به لأنه نجس العين ، والدبغ كالحياة ، فكما أن الحياة لا تدفع النجاسة عنه ، فكذا الدباغ . ووجه المالكية قولهم بعدم طهارة جلد الخنزير بالدباغ بأنه ليس محلا للذكاة إجماعا فلا تعمل فيه فكان ميتة فلا يطهر بالدباغ ولا يجوز الانتفاع به .

ويتفق المذهب عند الحنابلة والمالكية في أن جلد الميتة من أي حيوان لا يطهر بالدباغ ، ولكنهم يجوزون الانتفاع به بعد الدباغ في غير المائعات عند الحنابلة ، وفي المائعات كذلك مع اليابسات عند المالكية إلا الخنزير فلا تتناوله الرخصة .[1]

وروي عن أبي يوسف أن جلد الخنزير يطهر بالدباغ .

ويقابل الرواية المشهورة عند المالكية ما شهره عبد المنعم بن الفرس من أن جلد الخنزير كجلد غيره في جواز استعماله في اليابسات والماء إذا دبغ سواء ذكي أم لا .

ثانيا : سؤر الخنزير :

٦ ـ ذهب الشافعية والحنفية والحنابلة إلى نجاسة سؤر الخنزير لكونه نجس العين ، وكذا لعابه لأنه متولد عنه .

ويكون تطهير الإناء إذا ولغ فيه بأن يغسل سبعا إحداهن بالتراب ـ عند الشافعية والحنابلة ـ لحديث أبي هريرة ـ رضي الله عنه ـ : إذا شرب الكلب في إناء أحدكم فليغسله سبع مرات ، وفي رواية : « فليرقه ثم ليغسله سبع مرات » وفي أخرى : « طهور إناء أحدكم إذا ولغ فيه الكلب أن يغسله سبع مرات أولاهن بالتراب » .[1]

قالوا : فإذا ثبت هذا في الكلب فالخنزير أولى لأنه أسوأ حالا من الكلب وتحريمه أشد ، لأن الخنزير لا يقتنى بحال ، ولأنه مندوب إلى قتله من غير ضرر ، ولأنه منصوص على تحريمه في قوله تعالى : ﴿أو لحم خنزير فإنه رجس﴾[2] فثبت وجوب غسل ما ولغ فيه بطريق التنبيه .

وعند الحنفية : يكون تطهير الإناء إذا ولغ فيه خنزير بأن يغسل ثلاثا .[3]

وذهب المالكية إلى عدم نجاسة سؤر الخنزير وذلك لطهارة لعابه عندهم ، وقد ثبت غسل

---

(١) حاشية ابن عابدين ١/ ١٣٦ ، ١٣٧ ، فتح القدير ١/ ٨١ ، بدائع الصنائع ١/ ٧٤ ، حاشية الدسوقي ١/ ٥٤ ، ٥٥ ، مواهب الجليل ١/ ١٠١ ، المجموع ١/ ٢١٧ ، كشاف القناع ١/ ٥٤ ، ٥٥ ، المغني ١/ ٦٦

(١) حديث : « إذا شرب الكلب في إناء أحدكم فليغسله سبع مرات » . أخرجه مسلم (١/ ٢٣٤ ـ ط الحلبي) من حديث أبي هريرة .

(٢) سورة الأنعام/ ١٤٥

(٣) فتح القدير ١/ ٧٥ ، ٧٦ ، البحر الرائق ١/ ١٣٤ ، مراقي الفلاح ص ٥٠ ، والمجموع ١/ ١٧٣ ، نهاية المحتاج ١/ ٢٣٦ ، وكشاف القناع ١/ ١٨٢

الإناء إذا ولغ فيه الكلب تعبد فلا يدخل فيه الخنزير، وفي قول آخر للمالكية: يندب الغسل.[1]

ثالثا: حكم شعره:

٧ ـ ذهب الجمهور إلى نجاسة شعر الخنزير فلا يجوز استعماله لأنه استعمال للعين النجسة.

وعند الشافعية لو خرز خف بشعر الخنزير لم يطهر محل الخرز بالغسل أو بالتراب لكنه معفو عنه، فيصلي فيه الفرائض والنوافل لعموم البلوى. وعند الحنابلة يجب غسل ما خرز به رطبا ويباح استعمال منخل من الشعر النجس في يابس لعدم تعدي نجاسته، ولا يجوز استعماله في الرطب لانتقال النجاسة بالرطوبة.

وأباح الحنفية استعمال شعره للخرازين للضرورة.

وذهب المالكية إلى طهارة شعر الخنزير فإذا قص بمقص جاز استعماله وإن وقع القص بعد الموت، لأن الشعر مما لا تحله الحياة، وما لا تحله الحياة لا يتنجس بالموت، إلا أنه يستحب غسله للشك في طهارته ونجاسته. أما إذا نتف فلا يكون طاهرا.[2]

(١) الخرشي ١/ ١١٩، والشرح الصغير ١/ ٨٦.

(٢) بدائع الصنائع ١/ ٦٣، وحاشية الدسوقي ١/ ٤٩، وأسنى المطالب ١/ ٢١، وكشاف القناع ١/ ٥٦.

رابعا: حكم التداوي بأجزائه:

٨ ـ اتفق الفقهاء على عدم جواز التداوي بالنجس والمحرم (في الجملة) وهو شامل للخنزير.

وتقدم تفصيله في مصطلح (تداوي).[1]

خامسا: تحول عين الخنزير:

٩ ـ ذهب الحنفية والمالكية وهو رواية عن أحمد إلى أن نجس العين يطهر باستحالته إلى عين أخرى، فإذا استحالت عين الخنزير إلى ملح فإنه يطهر. وذهب الشافعية والحنابلة إلى أن نجس العين لا يطهر بالاستحالة، واستثنوا من ذلك الخمر وجلد الميتة.

وقد تقدم تفصيله في مصطلح (تحول ف/ ٣ ـ ٥).

الاعتبار الثالث: اعتبار مالية الخنزير:

١٠ ـ اتفق الفقهاء على عدم اعتبار الخنزير مالا متقوما في حق المسلم. وذلك لأن المال هو ما يمكن الانتفاع به شرعا في غير الضرورات، والخنزير لا يمكن الانتفاع به لنجاسة عينه ولنهي الشارع عن بيعه كما يأتي.

ويظهر أثر عدم اعتبار الخنزير مالا في الآتي:

أولا: عدم صحة بيعه وشرائه:

أجمع الفقهاء على عدم صحة بيع الخنزير

(١) الموسوعة ١١/ ١١٨.

وشـراؤه ، لحديث جابر بن عبدالله : «إن الله تعالى ورسوله حرم بيع الخمر والميتة والخنزير والأصنام، فقيل : يارسول الله ، أرأيت شحوم الميتة فإنه يطلى بها السفن ويدهن بها الجلود ويستصبح بها الناس، فقال : لا ، هو حرام، ثم قال رسول الله ﷺ عند ذلك : قاتل الله اليهود إن الله لما حرم شحومها جملوه ثم باعوه فأكلوا ثمنه»[1] ولأن من شرط المعقود عليه ـ سواء أكان ثمنا أم مثمنا ـ أن يكون طاهرا وأن ينتفع به شرعا.

والأصل في حل ما يباع أن يكون منتفعا به لأن بيع غير المنتفع به شرعا لا يتحقق به الرضا، فيكون من أكل المال بالباطل ، وهو منهي عنه لقوله تعالى : ﴿ياأيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم ولا تقتلوا أنفسكم إن الله كان بكم رحيما﴾.[2]

والخنزير إن كان فيه بعض المنافع إلا أنها محرمة شرعا، والمعدوم شرعا كالمعدوم حسا.

وفصل الحنفية في حكم بيع الخنزير فهو عندهم باطل إذا بيع بدراهم أودنانير، وفاسد إذا بيع بعين، على قولهم بالتفريق بين البطلان والفساد.

والفرق بين بيعه بدراهم أو دنانير وبين بيعه بعين، أن الشرع أمر بإهانة الخنزير وترك إعزازه وفي شرائه بدراهم أودنانير إعزازله، لأنها غير مقصودة في العقد لكونها وسيلة للتملك، وإنما المقصود الخنزير، ولذا كان بيعه بها باطلا ويسقط التقوم.

أما إذا بيع بعين كالثياب، فقد وجدت حقيقة البيع لأنه مبادلة مال بمال، والخنزير يعتبر مالا في بعض الأحوال كما هو عند أهل الكتاب، إلا أنه في هذه الصورة يعتبر كل منهما ثمنا ومبيعا. ويرجح اعتبار الثوب مبيعا تصحيحا لتصرف العقلاء الذي يقضي بأن يكون الإعزاز للثوب وهو المقصود بالعقد لا الخنزير. فتكون تسمية الخنزير في العقد معتبرة في تملك الثوب لا في نفس الخنزير، فيفسد العقد لفساد الثمن المسمى وتجب قيمة الثوب دون الخنزير.[1]

إقرار أهل الذمة على اقتناء الخنزير :

١١ ـ اتفق الفقهاء على أن أهل الذمة يقرون

---

(١) حديث : «إن الله تعالى ورسوله حرم بيع الخمر والميتة . . . » أخرجه البخاري (الفتح ٤/ ٤٢٤ ـ ط السلفية) ومسلم (٣/ ١٢٠٧ ـ ط الحلبي).

(٢) سورة النساء/ ٢٩

(١) حاشية ابن عابدين ٤/ ٣، البحر الرائق ٥/ ٢٧٠، ٢٧٢، ٢٧٩، فتح القدير ٥/ ١٨٦، ١٨٧، ١٨٨، والشرح الصغير ٣/ ٢٢، ٢٣، ٢٤، مواهب الجليل ٤/ ٢٥٨، ٢٦٣، وروضة الطالبين ٣/ ٣٤٨، حاشية القليوبي وعميرة ٢/ ١٥٨، والمجموع ٩/ ٢٣٠، وكشاف القناع ٣/ ١٥٣

على ما عندهم من خنازير إلا أنهم يمنعون من إظهارها، ويمنعون من إطعامها مسلما، فإذا أظهروها أتلفت ولا ضمان.

وقيد الشافعية عدم تمكينهم من إظهارها بأن يكونوا بين أظهر المسلمين إذا انفردوا بمحلة من البلد، أما إذا انفردوا ببلد بأن لم يخالطهم مسلم لم يتعرض لهم.[1]

وذهب الشافعية إلى إجبار الزوجة الكتابية على ترك أكل الخنزير، لأنه منفر من كمال التمتع، وخالفهم في هذا المالكية فليس للزوج عندهم منعها منه.[2]

سرقة الخنزير أو إتلافه:

١٢ - أ) اتفق الفقهاء على أنه لا قطع ولا ضمان على من سرق أو أتلف خنزيرا لمسلم لكونه غير محترم، ولا متقوم، لعدم جواز تملكه وبيعه واقتنائه.[3]

ب) وذهب الحنفية والمالكية إلى أن من أتلف خنزيرا لذمي فإنه يضمنه ويلزمه رده إذا سرقه.

(١) فتح القدير ٥/ ٣٠٠، ونهاية المحتاج ٨/ ٩٣، الشرقاوي على التحرير ٢/ ٤١٣، ٤١٤، الجمل ٥/ ٢٣٦، ٣/ ١٨١، الزرقاني على خليل ٣/ ١٤٦، التاج والإكليل للمواق ٥/ ٢٨٥، كشاف القناع ٣/ ١٢٧

(٢) الشرح الصغير ٢/ ٤٢٠، ونهاية المحتاج ٦/ ٢٨٧

(٣) حاشية ابن عابدين ٣/ ١٩٢، البحر الرائق ٥/ ٥٥، نهاية المحتاج ٧/ ٤٢١، حاشية الدسوقي ٤/ ٣٣٩، الشرح الصغير ٤/ ٤٧١، كشاف القناع ٦/ ١٤١

وذلك لقوله ﷺ: «اتركوهم وما يدينون»[1] وهم يدينون بمالية الخنزير وهو من أنفس الأموال عندهم لأنه كالشاة عندنا. وقال ﷺ: «فإذا قبلوها - يعني الجزية - فأعلمهم أن لهم ما للمسلمين وعليهم ما على المسلمين»[2] وللمسلمين التضمين بإتلاف ما يعتقدونه مالا فكذا يكون الذمي، بخلاف المسلم لأنه ليس مالا في حقه أصلا.[3]

وذهب الشافعية والحنابلة إلى أنه إذا غصب مسلم لأهل الذمة خنزيرا رد إليهم لعموم قوله ﷺ: «على اليد ما أخذت حتى تؤديه»[4] فإذا أتلفه لم يضمنه لأنه غير متقوم كسائر

(١) حديث: «اتركوهم وما يدينون». أورده صاحب فتح القدير (٨/ ٢٨٥ - نشر دار إحياء التراث العربي) ولم يعزه إلى أحد، ولم نهتد إليه في المصادر الحديثية الموجودة بين أيدينا.

(٢) حديث: «فإذا قبلوها - يعني الجزية - فأعلمهم أن لهم ما للمسلمين وعليهم ما على المسلمين».

أورده الزيلعي في نصب الراية (٣/ ٥٥ - ط المجلس العلمي) وقال: لم أعرف الحديث الذي أشار إليه المصنف، وقال ابن حجر في الدراية (٢/ ١٦٢ - ط الفجالة) لم أجده هكذا.

(٣) الاختيار ٣/ ٩٥، فتح القدير ٨/ ٢٨٥، ٢٨٦، والشرح الصغير ٤/ ٤٧١

(٤) حديث: «على اليد ما أخذت حتى تؤديه...» أخرجه أبو داود (٣/ ٨٢٢ - تحقيق عزت عبيد دعاس) من حديث الحسن عن سمرة، وقال ابن حجر في التلخيص (٣/ ٥٣ - ط شركة الطباعة الفنية): والحسن مختلف في سماعه من سمرة.

النجاسات فليس له غرض شرعي، سواء أظهروه أو لم يظهروه. إلا أنه يأثم إذا أتلفه في حال عدم إظهارهم له.[1]

١٣ - الخنزير البحري: سئل مالك عنه فقال أنتم تسمونه خنزيرا يعني أن العرب لا تسميه بذلك لأنها لا تعرف في البحر خنزيرا والمشهور أنه الدلفين. قال الربيع سئل الشافعي رضي الله تعالى عنه عن خنزير الماء فقال يؤكل وروي أنه لما دخل العراق قال فيه حرمه أبو حنيفة وأحله ابن أبي ليلى وروي هذا القول عن عمر وعثمان وابن عباس وأبي أيوب الأنصاري وأبي هريرة رضي الله تعالى عنهم والحسن البصري والأوزاعي والليث، وامتنع مالك أن يقول فيه شيئا وأبقاه مرة أخرى على جهة الورع وحكى ابن أبي هريرة عن ابن خيران أن أكارا صاد له خنزير ماء وحمله إليه فأكله، وقال كان طعمه موافقا لطعم الحوت سواء، وقال ابن وهب سألت الليث بن سعد عنه فقال إن سماه الناس خنزيرا لم يؤكل لأن الله حرم الخنزير.[2]

(١) أسنى المطالب ٤/ ٢١٨، نهاية المحتاج ٥/ ١٦٥، ١٦٦، وكشاف القناع ٤/ ٧٨

(٢) حياة الحيوان للدميري ١/ ٣٠٢

خنق

التعريف:

١ - الخنِق بكسر النون والخنْق (بسكونها) مصدر خنق يخنُق إذا عصر حلقه حتى يموت، والتخنيق مصدر خنّق ومنه الخنّاق، والخناق الحبل الذي يخنق به.[1]

ويستعمل في الاصطلاح عند الفقهاء في نفس المعنى اللغوي، بأي وسيلة كان: الخنق بحبل أو غيره، كأن جعل في عنقه حبلا ثم علقه في شيء عن الأرض، أو خنقه بيديه أو سد فمه وأنفه أو نحو ذلك.[2]

الحكم الإجمالي:

أولا - في الصيد والذبائح:

٢ - اتفق الفقهاء على أن الحيوان الذي من شأنه أن يذبح فإنه لا يحل بالخنق لقوله تعالى: ﴿حرمت عليكم الميتة والدم ولحم الخنزير

(١) المصباح المنير، ولسان العرب في المادة.

(٢) ابن عابدين ٥/ ٣٤٩، ومطالب أولي النهى ٦/ ٩، القرطبي ٦/ ٤٨

وما أهل لغير الله به والمنخنقة﴾[1]

كذلك يحرم الأكل من الصيد الذي مات بالخناق بحبل منصوب له، أو الذي خنقه الكلب المعلَّم من غير جرح، لعموم قوله تعالى: ﴿والمنخنقة﴾[2]

وتفصيله في مصطلح: (صيد، ذبائح).

ثانيا - في القتل:

٣ - ذهب جمهور الفقهاء وهم المالكية والشافعية والحنابلة والصاحبان من الحنفية إلى أن القتل بالخنق قتل عمد يوجب القود، فيقتل به الجاني قصاصا، لأن العمد قصد الفعل الذي يقع به القتل بما يتلف غالبا جارحا أولا، كما يقول الشافعية والحنابلة، وهذا يشمل التخنيق والتغريق، كما يشمل الإلقاء من شاهق، والقتل بمثقل، ولأن قصد العدوان يكفي ليكون القتل عمدا موجبا للقصاص عند المالكية، سواء أقصد الجاني قتل المجني عليه أم قصد مجرد ضربه وتعذيبه فمات.[3]

وقال أبو حنيفة: لا قصاص في القتل بالخنق والتغريق والقتل بالمثقل، لأنه ليس عمدا، بل شبه عمد، وقال: العمد ما تعمد قتله بالحديد كالسيف والسكين والرمح والخنجر والنشابة والإبرة والإشفى،[1] ونحوها مما يفرق أجزاء البدن. وذلك لأن العمد هو القصد وهو أمر باطن لا يوقف عليه إلا بدليله من استعمال آلة معدة للقتل، فلا قود في القتل بالخنق، لأنه لم يقصد ضربه بآلة جارحة معدة للقتل.[2]

هذا إذا لم يتكرر القتل بالخنق، أما إذا اعتاد الخنق وتكرر منه ولو مرتين قتل به بلا خلاف، إلا أن أبا حنيفة قال: من خنق أكثر من مرة قتل سياسة[3] لسعيه في الأرض الفساد.[4]

٤ - هذا، وإذا حكم في الخنق بالقصاص فالحنفية والحنابلة في إحدى الروايتين على أن الجاني (الخانق) لا يقتص منه إلا بالسيف، لقوله ﷺ: «لا قود إلا بالسيف»[5] ولأن القصد

---

(١) سورة المائدة / ٣

(٢) حاشية ابن عابدين ٥/ ١٨٦، وتفسير القرطبي ٦/ ٤٨، وأسنى المطالب ١/ ٥٥٥، والمغني ٨/ ٥٤٥

(٣) ابن عابدين ٥/ ٣٤٥، ٣٣٩، والاختيار ٥/ ٢٩، وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٤/ ٢٤٢، وحاشية الجمل ٥/ ٥، والمغني ٧/ ٦٤٠، ومغني المحتاج ٤/ ٦

(١) الإشفى: مخرز الإسكاف.

(٢) الدر المختار مع حاشية ابن عابدين ٥/ ٣٣٩، ٣٤٩، والاختيار ٥/ ٢٩

(٣) السياسة في الأصل مصطلح: استصلاح الخلق بإرشادهم إلى الطريق المنجي في الدنيا والآخرة. وفي باب التعزير والتأديب عرفها بعضهم بأنها تغليظ جناية لها حكم شرعي حسما لمادة الفساد. والظاهر أن السياسة والتعزير مترادفان. (ابن عابدين ٣/ ١٤٧، ١٤٨)

(٤) ابن عابدين ٣/ ١٦٥، ٥/ ٣٤٩

(٥) حديث: «لا قود إلا بالسيف». أخرجه ابن ماجه (٢/ ٨٨٩ - ط الحلبي) من حديث النعمان بن بشير، ومن حديث أبي بكرة، وأورده ابن حجر في التلخيص =

من القود إتلاف جلته وقد أمكن بضرب عنقه فلا يجوز تعذيبه.[1]

وذهب المالكية والشافعية وهو إحدى الروايتين للحنابلة إلى أن القاتل يقتل بمثل ما قتل إلا في حالات خاصة تذكر في مصطلح (قصاص)، لقوله تعالى: ﴿وإن عاقبتم فعاقبوا بمثل ما عوقبتم به﴾[2] وعلى ذلك فيخنق الخانق حتى يموت عند المالكية والشافعية، إلا إذا اختار مستحق القود السيف فيمكن منه، لأنه أخف من غيره غالبا، ولأنه الأصل في القصاص.[3]

وتفصيله في مصطلحي: (جناية، وقصاص).

ثالثا - في الأيمان:

٥ - صرح الحنفية والحنابلة بأن من حلف لا يضرب امرأته فخنقها أو مد شعرها أو عضها حنث، لأن الضرب اسم لفعل مؤلم فيدخل فيه الخنق.[4]

وقال الشافعية: ليس وضع السوط عليه والعض، والخنق، أو نتف الشعر ضربا، لانتفاء تسميته بذلك عرفا، فلا يحنث إن عضها أو خنقها أو نتف شعرها.[1]

(ر: أيمان).

مواطن البحث:

ذكر الفقهاء حكم الخنق في مباحث الصيد والذبائح، وفي الجنايات والقصاص وشبه العمد، وفي باب اليمين.

= (١/ ٦٩ - شركة الطباعة الفنية)، ونقل عن عبد الحق الأشبيلي أنه ذكر طرقه كلها ضعيفة، وعن البيهقي أنه قال: لم يثبت له إسناد

(١) ابن عابدين ٥/ ٣٤٦، ومطالب أولي النهى ٦/ ٤٢

(٢) سورة النحل/ ١٢٦

(٣) جواهر الإكليل ٢/ ٢٦٤، والقليوبي ٤/ ١٢٤

(٤) الاختيار للموصلي ٤/ ٧٢، والمغني لابن قدامة ٨/ ٧٤٦

---

(١) المهذب ٢/ ١٣٧، ١٣٨، ونهاية المحتاج ٨/ ١٩٩

خوارج

انظر : فرق

خوف

انظر : صلاة الخوف

خيار

التعريف :

١ - الخيار في اللغة اسم مصدر من (الاختيار) وهو الاصطفاء والانتقاء ، والفعل منها (اختار). وقول القائل : أنت بالخيار، معناه : اختر ما شئت . وخيره بين الشيئين معناه : فوض إليه اختيار أحدهما .[1]

والخيار في الاصطلاح له تعاريف كثيرة إلا أنها في الغالب تناولت هذا اللفظ مقرونا بلفظ آخر لأنواع الخيارات دون أن يقصد بالتعريف (الخيار) عموما ، على أنه يمكن استخلاص تعريف للخيار من حيث هو من خلال تعاريف أنواع الخيار بأن يقال : هو حق العاقد في فسخ العقد أو إمضائه ، لظهور مسوغ شرعي أو بمقتضى اتفاق عقدي .

---

(١) مقاييس اللغة لابن فارس مادة « خير » والمرتب في ترتيب المعرب (٢/ ٢٤٢) وأساس البلاغة للزمخشري ، والنهاية لابن الأثير ، وتهذيب الأسماء واللغات للنووي ، والمصباح المنير ، والقاموس ، وتاج العروس ، ولسان العرب ، ومعجم متن اللغة ، والمعجم الوسيط (كلهن مادة خير) والكليات لأبي البقاء ص ٢١٤

الألفاظ ذات الصلة :

أ - عدم اللزوم :

٢ - اللزوم : معناه عدم إمكان رجوع العاقد عن العقد بإرادته المنفردة، ويسمى العقد الذي هذا شأنه (العقد اللازم) بمعنى أن العاقد لا يحق له فسخ العقد إلا برضا العاقد الآخر فكما لا ينعقد العقد إلا بالتراضي لا ينفسخ إلا بالتراضي (وذلك بالإقالة) ومن هذا يتضح تعريف عدم اللزوم فهو: إمكان رجوع العاقد عن العقد ونقضه بإرادته المنفردة دون الحاجة إلى التراضي على ذلك النقض.

فهذا اللزوم قد يتخلف في بعض العقود فيستطيع كل من الطرفين أو أحدهما أن يتحلل من رابطة العقد ويفسخه بمجرد إرادته دون توقف على رضا الآخر. وتخلف اللزوم هنا مبعثه أن طبيعة العقد وغايته تقتضي عدم اللزوم ، والعقد عندئذ (عقد غير لازم) إذ يكون عدم اللزوم صفة ملحوظة في نوع العقد.

ومن السهل تبين الفرق بين التخيير وبين طبيعة عدم اللزوم في العقود غير اللازمة، فالتخيير حالة طارئة على العقد حيث إن الأصل في العقد اللزوم، فالعقد المقترن بخيار هو قيد أو استثناء على ذلك المبدأ، ثم هو في جميع الخيارات ليس مما تقتضيه طبيعة العقود، بل هو مما اعتبر قيدا على تلك الطبيعة لأصالة اللزوم . أما في العقود غير اللازمة بأنواعها فإنه جزء من طبيعتها تقتضيه غاياتها ولا ينفصل عنها إلا لسبب خاص فيها لزومه ليس أصلا.

والعقود اللازمة تحتمل الفسخ فقط أما الإجازة فلا مجال لها، لأن الإقدام على العقد والاستمرار فيه يغني عنها، في حين أن الخيارات تحتمل الأمرين.

وهناك فارق آخر بين العقود غير اللازمة وبين الخيارات يقوم على ملاحظة نتيجة (الفسخ) الذي هو أمر مشترك، فحكم الفسخ في العقود غير اللازمة يختلف عنه في الخيارات، حيث يكون في الصورة الأولى مقتصرا (ليس له تأثير رجعي) لا يمس التصرفات السابقة. أما في الصورة الثانية (الخيارات) فالفسخ مستند (له انعطاف وتأثير رجعي) ينسحب فيه الانفساخ على الماضي فيجعل العقد كأنه لم ينعقد من أصله.

ب - الفسخ للفساد :

٣ - العقد الفاسد، يشبه الخيار في فكرة عدم اللزوم وفي احتماله الفسخ، يقول الكاساني : «حكم البيع نوعان، نوع يرتفع بالفسخ، وهو الذي يقوم برفعه أحد العاقدين، وهو حكم كل بيع لازم كالبيع الذي فيه أحد الخيارات الأربعة والبيع الفاسد...»[1] كما أنه يتأخر أثره فلا

---

(١) البدائع ٥/ ٣٠٦ ونحوه في ٥/ ٣٠٠ - ٣٠١

يثبت إلا بالقبض ، لكنه مفترق عن حالة التخيير فكل منهما من نوع خاص من أنواع العقد ، فالفاسد من باب الصحة ، أما التخيير فهو من باب اللزوم ، ثم لهذا أثره في افتراق الأحكام ، من ذلك أن الخيار (عدا خيار الرؤية) يسقط بصريح الإسقاط ، أما حق الفسخ في البيع الفاسد فلا يبطل بصريح الإبطال والإسقاط .

وهناك بعض العبارات الفقهية توضح التفرقة بين الخيار والفسخ منها تصريح بعض المالكية بأن الخيار يتعلق به حق لأحد معين .[١] وكأنه يشير إلى أن الفسخ للفساد يتعلق به حق الشرع .

ج ـ الفسخ للتوقف :

٤ ـ التفرقة بين التخيير والتوقف تكون في المنشأ والأحكام والانتهاء .[٢]

فالخيار ينشأ لتعيب الإرادة (وذلك في الخيار الحكمي غالبا) أو لاتجاه إرادة المتعاقدين لمنع لزوم العقد (وذلك في الخيارات الإرادية) وكلاهما مرحلة بعد انعقاد العقد وصلوحه لسريان آثاره (العقد) . أما الموقوف فهو ينشأ لنقص الأهلية في العاقد ، أو لتعلق حق الغير ، فلكل منهما مجال مغاير للآخر ، ليس مغايرة اختلاف في السبب فقط ، بل مع التداعي والتجانس بين أسباب كل منهما ومنافرتها ما للآخر .

أما من حيث الطبيعة والأحكام فإن العقد الموقوف تكون آثاره معلقة بسبب المانع الشرعي من نفاذها ، وهذا بالرغم من انعقاده وصحته لأن ذلك المانع منع تمام العلة .

أما الخيار فإن حكم العقد قد نفذ وترتبت آثاره ولكن امتنع ثبوتها بسبب الخيار ، فأحيانا يمتنع ابتداء الحكم بعد انعقاد العلة ، وذلك في خيار الشرط ، وأحيانا يمتنع تمام الحكم بعد ثبوته ، كخيار الرؤية ، وأحيانا يمنع لزوم العقد بعد أن سرت آثاره ، كخيار العيب .[١]

وفي الانقضاء نجد أن الموقوف لما كان غير تام العلة لم تتم الصفقة ، فيكفي في نقضه محض إرادة من له النقض ، وهو لهذا الضعف فيه لا يرد فيه إسقاط الخيار ، ولا ينتقل بالميراث ، بل يبطل العقد بموت من له حق إجازته ، في حين يجوز إسقاط الخيار ـ في الجملة ـ وينتقل بالميراث وخاصة ما كان منه متصلا بالعين على اختلاف في المذاهب ، وينقضي الخيار بإرادة من هو له دون حاجة إلى التراضي أو التقاضي إلا حيث تتم الصفقة بحصول القبض في خيار العيب .

(١) اللباب للقفصي ص ١٣ ـ ٣٧ .

(٢) البحر الرائق لابن نجيم ٦/ ٢٠

(١) فتح القدير ٥/ ١٦٠

د ـ الفسخ في الإقالة :

٥ ـ تشبه الإقالة الخيار من حيث تأديتهما ـ في حال ما ـ إلى فسخ العقد، وتشبهه أيضا من جهة أنهما لا يدخلان إلا عقود المعاوضات المالية اللازمة القابلة للفسخ .

ولكن الإقالة تخالف الخيار في أن من له الخيار يمكنه فسخ العقد بمحض إرادته دون توقف على رضا صاحبه، بخلاف الإقالة فلابد من اتفاق الإرادتين على فسخ العقد. كما أن هناك فرقا آخر هو أن الخيار يجعل العقد غير لازم في حق من هو له. وأما الإقالة فلا تكون إلا حيث يكون العقد لازما للطرفين. (١)

تقسيمات الخيار

أولا ـ التقسيم بحسب طبيعة الخيار :

٦ ـ ينقسم الخيار بحسب طبيعته إلى حكمي وإرادي .

فالحكمي ما ثبت بمجرد حكم الشارع فينشأ الخيار عند وجود السبب الشرعي وتحقق الشرائط المطلوبة، فهذه الخيارات لا تتوقف على اتفاق أو اشتراط لقيامها، بل تنشأ لمجرد وقوع سببها الذي ربط قيامها به .

ومثاله : خيار العيب.

(١) فروق العسكري : ص ٢٠٨

أما الإرادي فهو الذي ينشأ عن إرادة العاقد. (١)

والخيارات الحكمية تستغرق معظم الخيارات، بل هي كلها ما عدا الخيارات الإرادية الثلاثة : خيار الشرط، خيار النقد، خيار التعيين .

فما وراء هذه الخيارات فإنه حكمي المنشأ أثبته الشارع رعاية لمصلحة العاقد المحتاج إليه دون أن يسعى الإنسان للحصول عليه .

ثانيا ـ التقسيم بحسب غاية الخيار :

٧ ـ يقوم هذا التقسيم للخيارات على النظر إليها من حيث الغاية، هل هي التروي وجلب المصلحة للعاقد، أو تكملة النقص ودرء الضرر عنه؟ .

يقول الغزالي : ينقسم الخيار إلى خيار التروي . وإلى خيار النقيصة .

- وخيار التروي : ما لا يتوقف على فوات وصف، وله سببان : أحدهما : المجلس . والثاني : الشرط .

وأما خيار النقيصة، وهو : ما يثبت بفوات أمر مظنون نشأ الظن فيه من التزام شرعي، أو قضاء عرفي، أو تغرير فعلي . (٢) ثم فرع الغزالي من خيار النقيصة عدة خيارات .

(١) البدائع ٥/ ٢٩٢ ـ ٢٩٧

(٢) الوجيز ١/ ١٤١ ـ ١٤٢

ونحوه للكبة[1] فقد جرى حنبل على اسمه بخيار التروي ثم أتبعه بخيار النقيصة.[2]

ثالثاً ـ التقسيم بحسب موضوع الخيار:

٨ ـ أ ـ خيارات التروي.

١ ـ خيار المجلس.
٢ ـ خيار الرجوع.
٣ ـ خيار القبول.
٤ ـ خيار الشرط.

٩ ـ ب ـ خيارات النقيصة.

١ ـ خيار العيب.
٢ ـ خيار الاستحقاق.
٣ ـ خيار تفرق الصفقة.
٤ ـ خيار الهلاك الجزئي.

١٠ ـ جـ ـ خيارات الجهالة:

١ ـ خيار الرؤية.
٢ ـ خيار الكمية.
٣ ـ خيار كشف الحال.
٤ ـ خيار التعيين.

١١ ـ د ـ خيارات التغرير:

١ ـ خيار التدليس الفعلي (بالتصرية ونحوها) والتغرير القولي.
٢ ـ خيار النجش.
٣ ـ خيار تلقي الركبان.

١٢ ـ هـ ـ خيارات الغبن.

١ ـ خيار المسترسل.
٢ ـ خيار غبن القاصر وشبهه.

١٣ ـ و ـ خيارات الأمانة:

١ ـ خيار المرابحة.
٢ ـ خيار التولية.
٣ ـ خيار التشريك.
٤ ـ خيار المواضعة.

١٤ ـ ز ـ خيارات الخلف.

١ ـ خيار فوات الوصف المرغوب.
٢ ـ خيار فوات الشرط.
٣ ـ خيار اختلاف المقدار.

١٥ ـ ح ـ خيارات اختلال التنفيذ:

١ ـ خيار التأخير.

١٦ ـ ط ـ خيارات امتناع التسليم:

١ ـ خيار النقد.
٢ ـ خيار تعذر التسليم.

---

(١) الدردير وحاشية الدسوقي ٣/ ١١٨
(٢) ويسميها بعض الشافعية: خيار نقص، وخيار شهوة. فخيار النقص يراد به خيارات فوات الصفقة، أما خيار الشهوة فالمراد به خيارات التروي (مغني المحتاج ٢/ ٤٠).

٣ ـ خيار تسارع الفساد.

٤ ـ خيار التفليس.

حكمة تشريع الخيار:

١٧ ـ الغرض في الخيارات الحكمية: بالرغم من تعدد أسبابها، هو تلافي النقص الحاصل بعد تخلف شريطة لزوم العقد. وذلك بعد أن تحققت شرائط الانعقاد والصحة والنفاذ، أي أن الخيارات الحكمية لتخفيف مغبة الإخلال بالعقد في البداية لعدم المعلومية التامة، أو لدخول اللبس والغبن ونحوه مما يؤدي إلى الإضرار بالعاقد، أو في النهاية كاختلال التنفيذ.

فالغاية من الخيارات الحكمية تمحيص الإرادتين وتنقية عنصر التراضي من الشوائب توصلا إلى دفع الضرر عن العاقد. ومن هنا قسم الفقهاء الخيارات إلى شطرين: خيارات التروي، وخيارات النقيصة، ومرادهم بخيارات النقيصة الخيارات التي تهدف لدفع الضرر عن العاقد في حين تهدف خيارات التروي إلى جلب النفع له.

أما الغرض من الخيارات الإرادية فإنه يختلف عن الغرض من الخيار في صعيد الخيارات الحكمية. ففي الخيارات الإرادية يكاد الباعث عليها يكون أمرا واحدا هو ما دعاه الفقهاء بالتروي، أي التأمل في صلوح الشيء له وسد حاجته في الشراء، وذلك للترفيه عن المتعاقد لتحصيل مصلحة يحرص عليها. والتروي سبيله أمران: (المشورة) للوصول إلى الرأي الحميد، أو الاختبار وصولا إلى تبين خير الشيء بالتجربة أو الاطلاع التام على كنهه، قال ابن رشد: «والخيار يكون لوجهين: لمشورة واختبار المبيع، أو لأحد الوجهين.»[1] ويقول بعدئذ: «العلة في إجازة البيع على الخيار حاجة الناس إلى المشورة فيه، أو الاختيار.»[2]

على أن تعدد الغرض ممكن بأن يقصد المشورة والاختبار معا، وهذا كله في المشتري، أما البائع فلا يتصور في حقه إلا كون الغرض المشورة، لأن المبادلة منه تهدف إلى الثمن، والثمن لا مجال لاختباره غالبا، إنما يتصور أن يراجع البائع من يثق به في كون الثمن متكافئا مع المبيع فلا غبن ولا وكس.

والتروي ـ كما يقول الحطاب ـ لا يختص بالمبيع فقد يكون أيضا في الثمن، أو في أصل العقد.[3]

وثمرة ذلك عند المالكية أنه يجبر البائع على تسليم المبيع إذا كان الغرض من الخيار الاختبار، فإذا بين الغرض من الخيار عومل حسب بيانه، أما إن سكت عن البيان، فقد قرر

---

(١) المقدمات ٢/ ٥٥٧

(٢) المقدمات ٢/ ٥٥٩

(٣) الحطاب على خليل ٤/ ٤١٤

ابن رشد أن سكوته عن ذكر الغرض يحمل على أن غرضه المشورة فهي مفترضة دائما، إلا إذا صرح بأن غرضه الاختبار واشترط قبض السلعة. ونص كلام ابن رشد في هذا: [١] واشترط المشتري الخيار. ولم يبين أنه إنما يشترط الخيار للاختبار، وأراد قبض السلعة ليختبرها، وأبى البائع من دفعها إليه وقال: إنما لك المشورة إذا لم تشترط قبض السلعة في أمد الخيار للاختبار، فالقول قول البائع، ولا يلزمه دفعها إليه إلا أن يشترط ذلك عليه. بل ذكر أنه ليست من القرينة الحالية في المشتري طول مدة الخيار إذ يحتمل أنه فسح في الأجل للمشورة الدقيقة.

وهناك ثمرة عملية أخرى لتحديد الغرض من الخيار (دون تفرقة بين اقتصاره على المشورة أو الاختبار، أو الجمع بينهما) تلك هي أن أمد الخيار - وهو عند المالكية ملحوظ فيه العرف والعادة - شديد الارتباط بالغرض من الخيار. فإذا كانت العلة في إجازة البيع على الخيار حاجة الناس إلى المشورة فيه، أو الاختبار، فحده قدر ما يختبر فيه المبيع، ويرتأى فيه ويستشار، على اختلاف أجناسه وإسراع التغير إليه وإبطائه عنه. فأمد الخيار في البيع إنما هو بقدر ما يحتاج إليه في الاختبار والارتياء مع مراعاة إسراع التغير إلى المبيع وإبطائه عنه خلافا للشافعي وأبي حنيفة رحمهما الله في قولهما: إنه لا يجوز الخيار في شيء من الأشياء فوق ثلاث. [١]

(١) المقدمات لابن رشد ٢/ ٥٥٨

الخيار سالب للزوم:

١٨ - إن سلب الخيارات لزوم العقد من بداهة الفقه، حتى أن بعض الفقهاء المصنفين الذين قسموا العقد إلى لازم وجائز عبروا عن ذلك بقولهم: لازم، ومخيّر، أو لازم وفيه خيار. [٢]

ومفاد سلب الخيار لزوم العقد أن يجعل العقد المشتمل على خيار مستويا في الصفة مع العقود غير اللازمة كالعارية والوديعة ومع هذا لا يعسر التمييز بينهما، لأن عدم اللزوم في تلك العقود ناشيء عن طبيعتها الخاصة، أما في الخيارات فعدم اللزوم طاريء بسببها.

وهناك عبارات فقهية تدل على التفاوت في منزلة الخيارات من حيث سلب اللزوم نظرا إلى أثر الخيار على علة الحكم، والمراد بالعلة هنا العقد الذي لا يتخلف عنه الحكم في الأصل، كالبيع هو علة لحكمه من لزوم تعاكس الملكين في البدلين، وفي البيع بخيار قد تخلف عن العلة (أي البيع) مقتضاها الذي هو حكم البيع.

وبما أن الموانع متفاوتة في قوة المنع، فمنها

(١) ابن رشد: المقدمات ٢/ ٥٥٩ - ٥٦٠

(٢) البدائع ٥/ ٢٢٨

ما يمنع انعقاد العلة من البداية فلا يدعها تقضي لإحداث الأثر، ومنها ما يمنع تمام العلة ، أي نفاذ العقد بتخلف إحدى شريطتي النفاذ (الملك أو الولاية ، وانتفاء تعلق حق الغير في المعقود عليه) ثم يأتي دور الخيارات في المنع وهو منع مسلط على (الحكم) لا (العلة) فهي قد كتب لها الانعقاد والنفاذ كسهم توفرت وسائل تسديده ثم انطلق دون أن يحجزه شيء عن بلوغ الهدف «فخيار الشرط يمنع ابتداء الحكم بعد انعقاد (ونفاذ) العلة» إذ يمنع ثبوت حكم البيع وهو خروج المبيع عن ملك البائع ، وشبهه ابن الهمام باستتار المرمى إليه بترس يمنع من إصابة الغرض منه .[1] ويليه في قوة المنع خيار الرؤية ، لأنه يمنع تمام الحكم بعد ثبوته (وهو غير تمام العلة) وأخيرا خيار العيب يمنع لزوم الحكم .

وفضلا عن التفاوت في أثر الخيار على العقد اللازم لسلب لزومه يلحظ فارق ، في نظر الحنفية ، بين خيار العيب وبين خياري الرؤية والشرط في وضعهما الشرعي من حيث سلب اللزوم بين أن يتصف بالأصالة أو الخلقية ، لهذا الفرق في الحكم باعتبار الفسخ في حق الكل أو في حق المتعاقدين فحسب .

فخيار الرؤية والشرط ، إنما أن حق الفسخ

(١) فتح القدير ٥/ ١١٠

فيهما «ثبت أصلا لأنهما يسلبان اللزوم في أصل العقد ، فكان بالفسخ مستوفيا حقا له ، وولاية استيفاء الحق تثبت على سبيل العموم ولهذا لا يتوقف على القضاء» .[1]

أما خيار العيب فإنه يفرق فيه بين القبض وعدمه لما أن «حق الفسخ بالعيب ما ثبت (باعتباره) أصلا . لأن الصفقة تمت بالقبض بل (ثبت) بغيره ، وهو استدراك حقه في صفة السلامة» .[2]

خيار اختلاف المقدار

انظر : بيع

خيار الاستحقاق

انظر : استحقاق

(١) فتح القدير ٥/ ١٦٨

(٢) فتح القدير ٥/ ١٦٨ وذكر بعضهم أثر هذا الفرق في اعتبار الفسخ في حق الكل أو في حق العاقدين خاصة . وسيأتي في محله المناسب

خيار التأخير

انظر : خيار النقد، بيع

خيار تسارع الفساد

انظر: خيار الشرط

خيار التشريك

انظر: بيع الأمانة

خيار التصرية

انظر : تصرية

خيار تعذر التسليم

انظر : بيع فاسد ، بيع موقوف

خيار التعيين

التعريف :

١ ـ سبق في مصطلح (خيار) تعريف الخيار، وأما التعيين: فهو مصدر قياسي للفعل المزيد (عيّن) يقال: عيّنت الشيء ، وعيّنت عليه ، واستعمالها واحد، فمن الأول ـ وهو الأليق بهذا الموضوع ـ ما جاء في المعاجم من أن تعيين الشيء معناه تخصيصه من الجملة ، كما قال الجوهري . ومن الثاني : عيّنت على السارق : خصصته من بين المتهمين ، مأخوذ من (عين) الشيء ، أي نفسه وذاته .[1]

أما في الاصطلاح فقد عرّف الحنفية البيع الذي فيه خيار التعيين بأنه : شراء أحد الشيئين أو الثلاثة على أن يعين أيا شاء . أما تعريف الخيار فيمكن استخلاص التعريف التالي له وهو: أنه (حق العاقد في تعيين أحد الأشياء التي وقع العقد على أحدها شائعا ، خلال مدة معينة) . وصورته : أن يقول البائع للمشتري :

---

(١) الصحاح، ولسان العرب والمصباح المنير مادة: «عين».

معك أحد هذه الأثواب الثلاثة ولك الخيار في أيها شئت. ونحو ذلك من العبارات، سواء وقع التصريح به من البائع أو المشتري. (١)

تسميته :

٢ - يسمى (خيار التعيين) باسم آخر هو (خيار التمييز) وقد أطلقه عليه الطحاوي في مناسبة مقارنته بخيار الشرط قائلا عنه: وخيار التمييز غير موقت. وكثير من المصنفين يعبر عنه بالتعيين المسهب دون تسميته. ويسمي المالكية العقد المشتمل عليه: بيع الاختيار. (٢)

الألفاظ ذات الصلة :

خيار الشرط :

٣ - هناك صورة من خيار الشرط يتوهم أنها من صور خيار التعيين مع أنها ليست منه في شيء، وهي ما إذا باعه ثلاثة أثواب على أن له خيار الشرط في واحد منها لا في الجميع، فهذه المسألة عبارة عن خيار شرط في أحد أفراد المبيع، يتضح ذلك من كون المقصود بالبيع في خيار التعيين

(١) التعريفات للجرجاني ص٤٦، الدرر لملا خسرو ٢/ ١٥٦، الحطاب ومعه المواق ٤/ ٤٢٤، الدسوقي ٣/ ١٠٥ وهو تعريف ابن عرفة في كتابه المشهور في الحدود وفي التعاريف.

(٢) فتح القدير ٥/ ١٣٢ نقلا عن الطحاوي. الدسوقي ٣/ ١٠٥

واحدا، وهنا البيع منصب على الثلاثة، لكن في المعقود عليه المتعدد خيار لم يعين محله، وهي من الصور الفاسدة. (١)

وهناك صورة أخرى من الاختيار لا الخيار، ما لو أسلم على أكثر من أربع زوجات وأسلمن معه فعليه اختيار أربعة فقط.

وقد ذكروا أنه لو مات قبل الاختيار فإن الخيار لا ينتقل إلى الوارث (٢) وهو كما يبدو ليس خيارا بين الفسخ والإمضاء، وإنما هو قيام المكلف بالاختيار في غير معين، فهو يشبه خيار التعيين لكنه ثبت حكما لا بالشرط، كما أن الواقعة المولدة للتخيير غير عقدية.

خيار التعيين في الثمن :

٤ - أكثر ما يذكر له خيار التعيين ما يكون في المبيع، ولكن هناك خيار يتصل بتعيين الثمن، لا يكتفى بذكر الخيار فيه، وهو ما إذا باع شيئا إلى أجلين، أو باعه إلى أجل أو حالا، بثمنين مختلفين، وترك له أن يختار. فهنا ذكر ثمنين مختلفين وترك له الخيار في أحدهما مع ما ينشأ عنه من حلول أو تأجيل.

وهذه الصورة من المعاملة مشهورة في

(١) الفتاوى الهندية ٣/ ٥٤، شرح المجلة للأتاسي ٢/ ٢٦٠

(٢) المجموع ٩/ ٢٢٢

المذهب وهي ممنوعة إذا لم يفترقا على التعيين في المجلس. ويتطرق مصطلح (بيعتين في بيعة).[1]

الحكم التكليفي :

٥ - ذهب إلى القول بمشروعية هذا الخيار كل من الحنفية والمالكية وبعض الحنابلة، أما الحنفية فقد سبق شيء من اهتمامهم به، وقد عقدوا له فصلا من باب خيار الشرط. وأما المالكية فقد ذهبوا إلى ثبوت العقد على أحد أشياء لا بعينه، وتعريفه وصورته أنه: «بيع جعل من البائع للمشتري التعيين لما اشتراه، كأن يعطيه أحد هذين الثوبين على أنه بدينار وجعلت لك يوما (أو يومين) تختار فيه واحدا منهما» ولكنهم صرحوا بأن هذا العقد لا صلة له بالخيار بين الأخذ والرد.

وصرحوا أيضا بأن العقد فيه لازم وسموه (بيع الاختيار) تمييزا له عن البيع بخيار الشرط الذي يسمى أحيانا (بيع الخيار) وجعلوا بينهما تقابلا، لأنه ليس هناك خيار في العقد لأحدهما لازم له، وإنما الخيار في التعيين ولا يرد إلا أحدهما.[2]

وأشار المالكية إلى أن (الاختيار) قد يجتمع الخيار وقد ينفرد عنه فيكون هناك بيع خيار فقط (وهو خيار الشرط المعروف)، وبيع اختيار فقط (وهو المسمى خيار التعيين) وبيع خيار واختيار وهو «بيع جعل فيه البائع للمشتري الاختيار في التعيين، ويحتاه هو فيما يعينه بالخيار في الأخذ والرد». والظاهر أن المالكية انتهوا إلى استبعاد اختبار التعيين من صعيد (الخيار) لاشتراطهم توقيته، في حين فضل الحنفية بأن جعلوا اشتراط التوقيت قاصرا على حال تجرد خيار التعيين من خيار الشرط. يضاف لذلك أنه ورد في كتبهم الأولى - غالبا - ملابسا خيار الشرط مقترنا به، لذا لم تحقق عباراتهم بالاحتراز منه.[1]

وذكر ابن مفلح أنه قال به أبو الوفاء بن عقيل من فقهاء الحنابلة وذكره في كتاب المفردات. وقوله مخالف لجمهورهم. وهو ظاهر كلام الشريف وأبي الخطاب، ومثلوا له بنحو: بيع شاة مبهمة في شياه إن تساوت القيمة.[2]

هؤلاء مثبتوه: وأما نفاته فهم الشافعية - إلا

---

(١) بداية المجتهد ٢/ ١٥٤، نيل الأوطار ٣/ ١٧٢، الخلاف للفقهاء للطبري ٣٢ - ٣٣، مغني المحتاج ٢/ ٣١
(٢) حاشية الدسوقي على الدردير ٣/ ١٠٦

(١) المبسوط ١٣/ ٥٥، البدائع ٥/ ٢٦١، فتح القدير ٥/ ١٣١، شرح الدردير على خليل ٣/ ١٠٧، الدسوقي ٣/ ١٠٤، خلف (٤/ ٣٣)، وذكر صاحب بداية المجتهد أنه إن كان الثوبان من صنفين، وهما مما لا يجوز أن يسلم أحدهما من الآخر، فإنه لا خلاف بين مالك والشافعي في أنه لا يجوز، وإن كانا من صنف واحد فيجوز عند مالك ولا يجوز عند أبي حنيفة والشافعي (٢/ ١٥٨)
(٢) الدسوقي ٣/ ١٠٥، وكشاف القناع ٣/ ١٦٧ - ١٦٨، ومطالب أولي النهى ٣/ ٤١، والفروع لابن مفلح ٤/ ٢٦

في قول قديم حكاه المتولي أنه يصح (في مثل الصورة السابقة لدى أبي حنيفة). قال النووي: وهذا شاذ مردود. والشافعية حين منعوه جعلوه من مسائل جهالة عين المبيع، ونصوا على بطلانه، سواء وقع العقد على واحد من متعدد، أو وقع على الكل إلا واحداً، وذهب جمهور الحنابلة كذلك، مع تنصيصهم على أنه باطل ولو تساوت قيمة الأشياء المختار منها[1] وفي ذلك نزع (صلته بكفاية تعيين المبيع ولا صلة له بخيار التعيين). واستدل الحنابلة أيضاً لمنعه بأنه من باب البيع والثُّنيا، وقد نهى ﷺ عن الثنيا إلا أن تعلم[2] ولأن ذلك غرر ويفضي إلى التنازع.

دليل مشروعية خيار التعيين:

٦ ـ احتج الحنفية لمشروعيته بالقياس على خيار الشرط لأنه في معنى ما ورد فيه الشرع، وهو خيار الشرط فجاز إلحاقاً به، لأن خيار الشرط شرع للحاجة إلى دفع الغبن، والحاجة إلى هذا النوع من البيع متحققة، فكان باعتبار الحاجة في معنى ما ورد به الشرع، وبالرغم من قياسه على خيار الشرط فقد ذكروا أنه ثبت استحساناً على خلاف القياس، والمقصود مبدأ القياس عموماً، أما دليله فهو القياس على خيار الشرط، لأن خيار الشرط نفسه ثبت على خلاف القياس الذي هو اللزوم. وذكر الحنفية أن ما فيه من جهالة لا تفضي إلى المنازعة لاستقلال المشتري بالتعيين فلم يبق له منازع فيما يختار[1].

شرائط قيام خيار التعيين:

أ ـ ذكر شرط التعيين في صلب العقد:

٧ ـ لا بد من ذكر شرط التعيين في الإيجاب والقبول بنحو عبارة: على أنك بالخيار في أيها شئت، أو على أن تأخذ أيها شئت، ليكون نصاً في خيار التعيين وإلا كان العقد فاسداً للجهالة، ولا يشترط ذكر (الخيار) بل يكفي ما يؤدي معناه بأي لفظ كان كقوله: على أن تختص بأحدها وتعيد الباقي[2].

ب ـ أن يكون محل الخيار من القيميات:

٨ ـ القيمي هنا ما ليس له مثل، أو ما لا يوجد له مثل في الأسواق، أو يوجد لكن مع التفاوت

---

(1) المجموع شرح المهذب ٩/ ٣١٦، شرح الروض ٢/ ١١ سواء تفاوتت القيم أم لا، وسواء قال: ولك الخيار في التعيين أم لا. ومثل الأرمني في حاشيته المنع بأنه للغرر، ولأن العقد لم يجد مورداً يتأثر به في الحال.

(2) حديث «نهى عن الثُّنيا إلا أن تعلم». أخرجه مسلم (٣/ ١١٧٥ ـ ط الحلبي) من حديث جابر، دون قوله: «إلا أن تعلم» وأخرجه الترمذي (٣/ ٥٧٦ ـ ط الحلبي) بلفظ «أن رسول الله ﷺ نهى عن المحاقلة والمزابنة والمخابرة والثنيا إلا أن تعلم» وقال: هذا حديث حسن صحيح.

(1) العناية شرح الهداية ٥/ ١٣٠، وفتح القدير ٥/ ١٣١، والمغني ٤/ ٩٩، والمجموع ٩/ ٣١٣.

(2) شرح المجلة للأتاسي ٢/ ٢٦١ نقلاً عن البحر الرائق.

المعتد به في القيمة، أما المثليات المختلفة الجنس فقد ألحقت بالقيمي، وأما المثلي المتحد الجنس فلا يصح. لأن الحاجة (التي شرع لأجلها) هي في التفاوت. بخلاف المثليات فإن اشتراطه فيها لا فائدة فيه، ومن قبيل العبث. فيجب أن تكون متفاوتة فيما بينها.

وقال الحنفية: سواء كان الثمن متفقاً أو مختلفاً، في حين اشترط المالكية وبعض الحنابلة من القائلين به تساوي تلك الأشياء في القيمة.[1]

ج ـ أن تكون مدة الخيار معلومة:

٩ ـ هذا على ما اعتمده الحنفية. وذكر الزيلعي أنه لا يشترط لعدم الجدوى. وعند أبي حنيفة لا يجوز زيادتها عن ثلاثة أيام، وأطلق الصاحبان المدة على أن تكون معلومة، ورجحه الزيلعي وغيره. وقد فرق البابرتي والزيلعي بين الأخذ برأي من استلزم لخيار التعيين خيار الشرط، فلا بأس على هذا من عدم توقيته لإغناء مدة الخيار عنه، وأما على القول بجواز أن يعرى عن خيار الشرط فلابد من التوقيت.[2]

(١) فتح القدير ٥/ ١٣٠ وشرح المجلة للأتاسي ٢/ ٦٠ والفروع ٤/ ٧٦ والمبسوط ٦٠/٢٣ والفتاوى الهندية ٣/ ٥٥ ـ ٥٦ نقلاً عن المحيط. الحطاب ٤/ ٤٦٦ وفيه: خلاف بعضهم فيه خيار التعيين بما فاسداً.

(٢) تبيين الحقائق للزيلعي ٤/ ٢١. العناية شرح الهداية ٥/ ١٣١

د ـ عدم زيادة الأفراد المختار بينها على ثلاثة:

١٠ ـ فلا يجوز ـ على هذه الشريطة ـ أن يكون هذا الخيار في أكثر من ثلاثة أشياء، لاندفاع الحاجة بذلك، لاشتمال الثلاثة على الجيد والوسط والرديء. (ويجوز أن يكون الخيار في واحد من اثنين بطريق الأولى) قالوا: والزائد يقع مكرراً غير محتاج إليه، وقد شرع للحاجة.[1]

هـ ـ العدد المختار من العاقد:

١١ ـ هل يشترط أن لا يزيد العدد المختار من العاقد على واحد أي ما يقع عليه اختياره أم له اختيار اثنين (مثلاً)؟ لم نر للحنفية فيه نصاً، لكن الصور التي ذكروها قائمة على اختيار واحد، وقد نص المالكية على أنه ليس له أن يتمسك إلا بواحد على ما قال الحطاب.[2]

و ـ اقترانه بخيار الشرط:

١٢ ـ هذا الخيار وثيق الصلة بخيار الشرط، بل هو متفرع عنه من حيث مشروعيته ومعظم أحكامه، كالمدة والسقوط، ولذا يذكره الفقهاء في أثناء باب خيار الشرط. وبالرغم من هذا هو خيار مستقل، وسبب ارتباطه بخيار الشرط إما غلبة اشتراطه معه ليكون العقد في أصله غير

(١) فتح القدير ٥/ ١٣٠ والعناية أيضا

(٢) الحطاب ٤/ ٤٢٩، ٤٢٥/٤: وإنما اختير ثلاثة فقط،

لازم بحيث يكون للمشتري رد الجميع ، وإما على القول باشتراط اقترانه بخيار الشرط ، وهو المذكور في الجامع الصغير لمحمد . وهناك رأي آخر للحنفية بعدم اشتراطه ، وهو الذي ذكره محمد في الجامع الكبير.[1]

من يشترط له الخيار (صاحب الخيار) :

١٣ ـ يمكن اشتراط هذا الخيار لأيّ من المتعاقدين فهو للمشتري إذا كان العقد على أنه يأخذ أيا شاء من الأشياء لتمييزيها بالثمن المبين له . فصاحب الخيار هنا هو المشتري وإليه التعيين ، ويكون للبائع إذا ذكرا في العقد أن البائع هو الذي يختار أحد الأشياء التي هي موضوع التعيين ، فالبائع هنا صاحب الخيار وهو الذي يقوم بالتعيين .

ولا عبرة بصدور الاشتراط من البائع أو المشتري مثلا بل النظر لصيغته ، فلو قال المشتري : اشتريت منك أحد هذين الثوبين على أن تعطيني أيهما شئت بالثمن المعين له فالخيار هنا للبائع ، وهو المستفيد بالرغم من أن مشترط الخيار هو المشتري ، فلا أثر لذلك ، فحكمه كما لو صدر الاشتراط باتفاق الطرفين ، بل هو في الحقيقة معتبر منهما ، لضرورة اتفاق الإرادتين عليه ، فالعبرة إذن بالمشترط له الخيار لا في ذاكر الشرط .

ولا يسوغ أن يشترط للبائع والمشتري في آن واحد ، لأن ذلك يؤدي إلى الجهالة الفاحشة التي تحدث التنازع ، وقد اغتفرت خفة الجهالة بسبب استبداد المشتري بالخيار ، أما لو كان الاختيار لهما فتختلف رغبتهما وتحدث التنازع .[1]

أثر خيار التعيين على العقد :

أثره في حكم العقد :

١٤ ـ ذكر ملا خسرو من الحنفية أن خيار التعيين يمنع ابتداء حكم العقد ، وهو انتقال الملك نظير خيار الشرط ، ولكن الشرنبلالي لم يسلم له ذلك في الحاشية عليه ، وعلل تلك المخالفة بقوله : العقد ما فيه التعيين غير ممنوع الحكم ، غايته أنه مخير في بيان ذلك ، بناء على القول بأنه لا يشترط في العقد خيار الشرط ، كما في الجامع الكبير وصححه فخر الإسلام .[2]

وهذا واضح لأن خيار التعيين لا أثر له على

---

(١) المصادر السابقة وفتح القدير والعناية ٥/ ١٣٠ ـ ١٣٢ ، البدائع ٥/ ١٥٧ و ٢٦١ ، المبسوط ١٣/ ٥٥ ، الحطاب ٤/ ٤٢٣ ، الخرشي ٤/ ٣٧ ، الدسوقي ٣/ ١٠٥ ، المقدمات ٢/ ٥٦٣

(١) فتح القدير ٥/ ١٣٠ ، شرح المجلة للأتاسي ٢/ ٢٦٠ ـ ٢٦١ ، جامع الفصولين ١/ ٣٤٥ ، يجوز في جانب البائع كما يجوز في جانب المشتري .

(٢) الدرر لملا خسرو وحاشية الشرنبلالي ٢/ ١٦١

لزوم العقد ما دام عاريا عن خيار الشرط، لأنه حق اختيار وليس تعليقا لحكم العقد.

فخيار التعيين يجعل ثبوت الملك بالعقد متعلقا بأحد الأشياء التي هي محل الخيار دون تخصيص بأحدها ولا مجاوزة إلى غيرها، ولذلك لو قبض الأشياء المخير بينها كان أحدها مبيعا مضمونا والباقي أمانة في يده.[1]

وذكر المالكية في شأن الإلزام بالاختيار والضمان ما يلي: إذا مضت مدة الاختيار ولم يختر (وكان له اختيار التعيين مجردا عن خيار الشرط) يلزمه النصف من كل من الثوبين (مثلا)، لأن ثوبا قد لزمه ولا يعلم ما هو منهما، فوجب أن يكون فيهما شريكا.

ومثل ذلك ما إذا ادعى ضياعهما أو ضياع أحدهما يلزمه النصف من كل من الثوبين سواء أكان الثوبان أمثل بيد البائع أو المشتري، وسواء أكان المبيع مما يغاب عليه أم لا، وسواء أقامت بينة على الضياع أم لا، لأن البيع على اللزوم وقد قبض الشيئين على وجه الإلزام، أي إلزام أن له واحدا من الاثنين من حين القبض. ولزوم النصف من كل من الثوبين إنما هو بكل الثمن الذي وقع البيع به.

فالمالكية في حال مرور مدة التعيين والامتناع

(1) البدائع ٥/٢٦١، فتح القدير ٥/١٣٢ وفيها تفصيلات وفروع في مسألة الضمان عند الهلاك.

عنه لا يرون إجباره على التعيين، بل يطبقون مقتضى شرط التعيين وإرادته تملك نصف محل العقد أو ثلثه.[1]

تبعة الهلاك في خيار التعيين:

١٥ - إذا هلك أحد الأشياء المخير بينها أو تعيب لزم البيع فيه بثمنه، وتعين الآخر للأمانة (حتى إذا هلك الآخر بعد هلاك الأول أو تعيب لا يلزم عليه من قيمته شيء)، وهذا لأن التعيب يمنع الرد لاعتبار التعيب اختيارا ضرورة.[2] ولو هلك أحدهما قبل القبض لا يبطل البيع، والمشتري بالخيار إن شاء أخذ الباقي بثمنه وإن شاء ترك. وإن هلك الكل قبل القبض بطل البيع

ولو هلك الشيئان معا بعد القبض لزم المشتري نصف ثمن كل واحد منهما لشيوع البيع والأمانة، فليس أحدهما أولى بكونه المبيع من الآخر.[3]

وتقدم كلام المالكية في المسألة السابقة

(1) الدسوقي على الشرح الكبير ٣/١٠٦ - ١٠٧، الحرشي ٤/٣٥، المنتقى ٤/٥٦٥

(2) البدائع ٥/٢٦٠، العناية شرح الهداية ٥/١٣٢ وينظر الإيراد بأنه ليس أقل من سوم الشراء وفيه تجب القيمة بأن ذاك مقبوض على جهة البيع وليس هذا كذلك.

(3) فتح القدير ٥/١٣٢ - ١٣٣، وفيه تفصيلات كثيرة، البدائع ٥/٢٦١ - ٢٦٣

توقيت خيار التعيين :

١٦ ـ يشترط في الأرجح توقيت هذا الخيار بمدة معينة إن لم يتضمن خيار الشرط على القول بصحة وروده بدونه ، أما إن تضمن خيار الشرط فمدة الخيار صالحة لهما، وفائدة التوقيت أن يجبر من له الخيار على التعيين بعد مضي المدة دفعا للضرر عن الآخر إذا ماطل من له الخيار في التعيين . قال ابن قاضي سماوة : (وخيار التعيين لم يجز إلا موقتا بثلاثة أيام ، إلا أن يكون مع ذلك خيار الشرط) .[1]

وقد سبق في الشرائط بيان ما يتصل بمعلومية المدة، صلة هذا الخيار بخيار الشرط .

سقوط خيار التعيين :

١٧ ـ تواردت أقوال الفقهاء على أن خيار التعيين يسقط بما يسقط به خيار الشرط .[2]

وسيأتي بيان ما يسقط به خيار الشرط في مصطلح : (خيار الشرط) .

انتقال خيار التعيين :

١٨ ـ خيار التعيين ينتقل بالموت إلى وارث صاحب الخيار فيقوم مقامه في تعيين ما يختاره من محل الخيار ، والعلة في ذلك أن لمورثه مالا ثابتا ضمن الأشياء التي هي محل الخيار فوجب على الوارث أن يعين ما يختاره ويرد ما ليس له إلى مالكه .

ويكون أداء الثمن من التركة إن لم يكن قد أدي حال الحياة، ذلك أنه انتقل إليه ملك المورث ولم يكن متميزا بل مختلطا بملك غيره وهو البائع مثلا، فثبت له الخيار لتعيين ملكه وإفرازه عن ملك غيره .[1]

(١) تبيين الحقائق للزيلعي ٤/ ٢١ ، فتح القدير ٥/ ١٣١ ، جامع الفصولين ١/ ٣٤٥

(٢) الفتاوى الهندية ٣/ ٥٦ ، نقلا عن الفتاوى الظهيرية ، شرح المجلة للأتاسي ٢/ ٢٦١

(١) جامع الفصولين ١/ ٣٤٥ ، الفتاوى الهندية ٣/ ٥٥ ، البدائع ٥/ ٢٦٢

خيار تفرق الصفقة

التعريف :

١ ـ الصفقة في اللغة : اسم المرة من الصفق وهو الضرب باليد على يد أخرى أو على يد آخر عند البيع أو البيعة . وكانت العرب إذا وجب البيع ضرب أحد المتبايعين يده على يد صاحبه ، ثم استعملت الصفقة بمعنى عقد البيع نفسه ، يقال : بارك الله لك في صفقة يمينك ، ومنه قول عمر رضي الله عنه : البيع صفقة أو خيار ، أي بيع بات أو بيع بخيار . هذا عن الصفقة ، أما التفريق فلا يحتاج إلى التفسير اللغوي لأن معناه ـ أو معانيه ـ كلها مستعملة مفهومة ويهمنا منها المعنى الناشئ عن إضافة لفظ (تفريق) إلى (الصفقة) وهو متحد مع المعنى الشرعي لهذا المركب الإضافي .(١)

ومعنى تفريق الصفقة في الاصطلاح أن لا يتناول حكم العقد جميع المعقود عليه ، أو يتناوله ثم ينحسر عنه ، فتكون الصفقة الواحدة المجتمعة قد تفرقت أو تبعضت أو تجزأت ويكنى عنه المترادفات بعض الفقهاء ، فيسمونه (تفرق الصفقة) أو (تبعيضها) أو (تجزؤها) .

(١) المصباح المنير ، والمغرب للمطرزي ، والقاموس ، والمعجم الوسيط ، مادة (صفق) .

الألفاظ ذات الصلة :

أ ـ تعدد الصفقة :

٢ ـ التفريق لا يتصور إلا في صفقة واحدة ، وتمييز الصفقة من الصفقتين يشتبه أحيانا لا سيما في حال الجمع بين سلعتين أو أكثر في عقد واحد ، إذ ليس التعويل على الصورة الظاهرة ، بل على حقيقة التعدد بالاعتبار الشرعي ، وقد اعتنى الشافعية ببيان ضابط اتحاد الصفقة أو تعددها (١) .

فالصفقة تتعدد بتفصيل الثمن على شيئين بيعا معا ، بتعدد الإيجاب من المشتري ، وبالعكس ، ولا يشترط أن يتكرر التفصيل في القبول ، على الأصح ، وكذلك تتعدد الصفقة بتعدد العاقد مطلقا : بائعا كان أو مشتريا ، ومثال تعددها بتعدد البائع قول اثنين لواحد : بعناك هذا بكذا ـ والمبيع مشترك بينهما ـ فقبل المشتري منهما ، فهما صفقتان ، وله رد نصيب أحدهما بالعيب مثلا . ومثال تعددها بتعدد المشتري أن يقول لاثنين : بعتكما هذا بكذا ، أو يقول اثنان

(١) الاتحاد في الشيء : الانفراد ، والاتحاد في الشيئين : الاجتماع ليصيرا شيئا واحدا .

الواحد: اشتريت منك هذا بكذا.[1]

فالتفريق المستوجب خيارا هو ما يقع في صفقة واحدة أي في صفقة لم يتعدد عاقدها من بائع أو مشتر، ولا فصّل فيها الثمن على المعقود عليه المتعدد.

ب ـ البيعتان في بيعة:

٣ ـ المراد بالبيعتين في بيعة هو جمع بيعتين في عقد واحد، وتسمية ذلك العقد بيعتين باعتبار تعدد الثمن. وقد اختلف العلماء في صورتها وبيان أحكامها على أقوال تنظر في مصطلح: (بيعتان في بيعة).

تقسيم وأحكام موجزة:

٤ ـ تعرّض فقهاء الحنفية لتفرق الصفقة توصلا لحالة هلاك بعض المبيع فحسب، حين عدّدوا الخيارات. فلم يفردوه باسم الخيار بل قرنوا التفرق بتلك الحالة.[2] ثم استعرضوا أحكام تفرق الصفقة في رد المعيب باستقصاء دون أن يجعلوا منه خيارا، بل رأوه عيبا يلزم عن رد بعض المبيع المعيب وعيب حالة البائع من ثمنه.[3]

ولكن الحنفية اختلفوا بحالة الاستحقاق وتناولوا أحكامه في كتاب البيوع.

وقد قسم بعض فقهاء الشافعية تعدد الصفقة إلى ثلاثة أقسام - في الابتداء، أو في الدوام، أو في اختلاف الأحكام. والذي في الابتداء كله ذو سبب شرعي، وعكسه الذي في الدوام فسببه حسي. والتقسيم بحسب السبب التي تقيام الخيارات بطريقين: إرادي وحكمي ولكثرة تسمية الخيارات بأسبابها. أما القسم الثالث الذي دعوه بالاختلاف في الأحكام، ومثلوا له بالجمع بين عقدين: بيع وإجارة، أو إجارة وسلم، فالواقع أنه ليس قسما برأسه بل هو تقسيم داخل للتفريق في الابتداء. ولهذا لم يورده ابن حجر كقسم ثالث بل أورده بصورة مسائل، ولم يدرك (الشرواني) مراده فنبه في حاشيته على أنه ثالث الأقسام.[1]

ذكر الحنابلة صورا ثلاثا للصفقة بالنظر إلى وحدة مشتملاتها وتعددها ولا صلة لتفرق الصفقة بالصورة الأولى، التي هي بيع معلوم ومجهول. أما الصورتان الأخريان فهما:

١ ـ بيع الجميع فيما يملك بعضه.

٢ ـ بيع المتقوم مع غير متقوم.

وهاتان الصورتان أحكامهما واحدة من حيث

---

(١) تحفة المحتاج بحاشية الشرواني ٤/ ٣٣٠ - ٣٣١ ومغني المحتاج ٢/ ٤٢ والوجيز ١/ ١٤٠ والمجموع شرح المهذب ٩/ ٤٣٢

(٢) رد المحتار ٤/ ١٦ والأشباه والنظائر لابن نجيم ص ١٠٨، والبحر الرائق ٦/ ٣

(٣) الفتاوى الهندية ٣/ ٨٣

(١) مغني المحتاج ٢/ ٤٢، تحفة المحتاج وحاشية الشرواني ٤/ ٣٣٠، المجموع ٩/ ٤٣٦

ثبوت الخيار للمشتري، ولذا لوحظ أحيانا جمعها تحت عنوان واحد عند غير الحنابلة، يعبر عنه أحيانا:

(باشتمال الصفقة على شيئين مما لا ينقسم الثمن عليهما بالأجزاء).

والمثالان المهمان هما:

أ ـ بيع ملكه وملك غيره.

ب ـ بيع خل وخمر، ونحوهما.

أما ما لا يصح العقد عليه فهو باطل أو موقوف على إجازة المالك، وأما الباقي ففيه روايتان لدى الحنابلة وقولان للشافعي، واختلف الشافعية كم يلزم المشتري من الثمن إن أجاز العقد، أصحهما حصة المملوك فقط إذا وزع القيمتين وأثبتوا له الخيار إن صححوا العقد. وقال أبو حنيفة ومالك بالصحة في ملكه، والتوقف في الباقي على الإجازة.[1] قال ابن قدامة: «والقول بالفساد في هذا القسم إن شاء الله أظهر. والحكم في الرهن والهبة وسائر العقود إذا جمعت ما يجوز وما لا يجوز كالحكم في البيع، إلا أن الظاهر فيها الصحة، لأنها ليست عقود معاوضة، فلا توجد جهالة العوض فيها».[2]

ثم ذكر أنه على القول بالصحة، إذا كان المشتري عالما بالحال فلا خيار له، وإن لم يعلم فله الخيار بين الفسخ والإمساك. وليس للبائع خيار لأنه رضي بزوال ملكه عما يجوز بيعه بقسطه.

وجه انتفاء الخيار في حال العلم أن المشتري دخل على بصيرة، أما في حال الجهل فالسبب للخيار قائم «لأن الصفقة تبعضت عليه».[1]

ثم الخيار بين الرد، أو الإمساك بلا أرش، إلا إذا كان التفريق ينقص القسم الباقي من الصفقة بأن تقل قيمته بالبيع منفردا كمصراعي باب وزوجي خف.[2]

وأحيانا أخرى باشتمال الصفقة على شيئين مما ينقسم الثمن عليهما بالأجزاء، كدابة مشتركة، وفيه عند الحنابلة وجهان: أحدهما الصحة في ملكه فقط بقسطه من الثمن والفساد فيما لا يملكه، وهو مذهب أبي حنيفة ومالك وقول للشافعي. والثاني ـ وهو قول آخر للشافعي ـ عدم الصحة فيهما. قال ابن قدامة: «والأولى أنه يصح فيما يملكه».[3]

ومستند فساد الصفقة كلها: أنها جمعت

---

(1) المغني 4/ 212، مطالب أولي النهى 3/ 45، منتهى الإرادات 1/ 347، المهذب والمجموع 9/ 325

(2) المغني 4/ 263، المجموع 9/ 383 قال النووي «المراد»

ـ قلت: «الواجب الثمن فلا خيار للبائع لأنه لا ضرر عليه، فإن قلت بالقسط فوجهان أصحهما لا خيار له».

(1) المغني 4/ 214، المجموع 9/ 430 ط2

(2) منتهى الإرادات 1/ 347، ومطالب أولي النهى 3/ 45

(3) المهذب للشيرازي والمجموع 9/ 455 والمغني 4/ 213 ومطالب أولي النهى 3/ 45

ولا ينفسخ العقد بظهور الاستحقاق ولا بالقضاء به، بل يظل موقوفا إلى أن يرجع المشتري على بائعه بالثمن، بحيث لو أجاز المستحق بعدما قضي له، أو بعد قبضه قبل أن يرجع المشتري على بائعه يصح، على ما حققه ابن الهمام [1].

أما الاستحقاق الجزئي فهو ما يقع على بعض المبيع، سواء ظهر الاستحقاق بعد القبض، أو قبله، أو بعد قبض بعضه، ولا فرق في كون المستحق هو الجزء المقبوض أو غيره.

ذهب الحنفية إلى أن الاستحقاق الجزئي إما أن يظهر قبل القبض، وإما بعده: فإذا استحق بعض المعقود عليه قبل القبض - والمراد قبض الكل، فلا عبرة بقبض بعض المبيع فهو كما لو لم يقبض - فحكم ذلك البعض المستحق أنه موقوف، فإذا لم يجز المستحق فللمشتري الرجوع على البائع بثمنه، وحينئذ يبطل العقد في ذلك البعض، أما الباقي فللمشتري فيه الخيار: إن شاء رضي به بحصته من الثمن، وإن شاء رده، سواء كان استحقاق ما استحق يوجب العيب في الباقي أو لا يوجب.

والوجه في بطلان العقد في بعض الصفقة: التبين من أن ذلك القدر لم يكن ملك البائع، ولما لم توجد الإجازة من المالك - وتلاه استرجاع المشتري للثمن - انفسخ العقد في ذلك البعض.

أما ثبوت الخيار في الباقي فلتفرق الصفقة على المشتري قبل التمام، وتمام الصفقة بعد الرضا بالقبض - وهو لم يحصل - فكان ظهور الاستحقاق قبل القبض مفرقا للصفقة قبل تمامها فله خيار الرد [2].

وإذا ظهر الاستحقاق الجزئي بعد القبض، كان حكم الجزء المستحق مماثلا لما سبق، وأما الباقي فيفترق حكمه بحسب كون المبيع يتعيب بالاستحقاق أو لا.

فإن كان المبيع من القيميات، وكان شيئا واحدا حقيقة وتقديرا، كالدار والكرم والثوب ونحوها، أو كان شيئين من حيث الصورة وهو واحد من حيث المعنى، كمصراعي الباب ونحوه، فإن استحقاق البعض يقتضي الخيار في الباقي، لأن الاستحقاق أوجب عيبا في الباقي، هو عيب الشركة في الأعيان.

أما إن كان المعقود عليه شيئين صورة ومعنى كالثوبين أو الثوبين، أو كان من المكيلات أو الموزونات، كصبرة قمح، أو جملة وزني فإن

---

(1) وأحكام الاستحقاق (الكلي) يرجع إلى فتح القدير والعناية ٥/ ٣٠٤، ٣٠٥ ورد المحتار ٤/ ١٩٠ - ٢٠٨ (ط الحلبي).

(2) بدائع الصنائع ٥/ ٢٨٨، فتح القدير ٥/ ١٧٦ - ١٧٧، رد المحتار ٤/ ٩٠، المبسوط ١٣/ ١٠٢، العناية شرح الهداية ٥/ ١٧٦ - ١٧٧

استحقاق البعض لا يوجب للمشتري خيارا بل يلزمه أخذ الباقي بحصته من الثمن، لأنه لا ضرر في التبعيض. وهناك رواية عن أبي حنيفة بأن له الرد، دفعا لضرر مؤونة القسمة.[1]

أما عند الشافعية، فقد ذكر ابن حجر صورتها في قوله: «إنسان اشترى من آخر أرضا مشتملة على نخل، ثم تقايلا، ثم ادعى البائع بطلان الإقالة، وحكم له الحاكم الشرعي بذلك بشرطه، ثم بعد ذلك ظهر أن من الأرض المذكورة مغرس نخلة من النخل المذكور مملوكا لغير البائع حين البيع.

فهل يتخير المشتري حينئذ بها. وإذا قلتم نعم، فهل يمتنع خياره بملك البائع المغرس المذكور وإعطائها له، أو إعطاء مستحقها إياها للمشتري، أو لا؟» وذهب إلى أن المشتري يتخير بذلك، لتفريق الصفقة عليه.

ولو أراد مالك المغرس (غير البائع) هبته للمشتري لا يسقط بذلك خياره. وهو ظاهر، أما الخفي فهو ما إذا ملك البائع ذلك المغرس، ولما علم ثبوت الخيار للمشتري وهبه له ـ أو أعرض عنه ـ فهذا يتردد فيه النظر. وعلى هذا دلالات من نصوص الفقهاء.[2]

ثانيا: خيار الهلاك الجزئي:

٨ ـ في الهلاك الجزئي للمعقود عليه، قبل القبض يثبت للمشتري الخيار بين الإمضاء والرد، لتفرق الصفقة عليه.

وهذا أمر مشترك بين حالات الهلاك المتنوعة بالنظر إلى السبب، ثم تختلف كيفية الإمضاء (بعد استبعاد حالة هلاكه بفعل أجنبي حيث يستوي حكمها وحكم الهلاك الكلي من التخيير بين الإمضاء وتضمين المتعدي أو الفسخ والتخلية بين الأجنبي والبائع) والتفاوت في الحكم ذو حالتين: الهلاك بفعل البائع، وفيها يسقط من الثمن قدر النقص، سواء كان نقص قدر، أو نقصان وصف. والهلاك بسبب سماوي، أو بفعل المعقود عليه حيث يتصور منه ذلك. فمع ثبوت الخيار، يطرح من الثمن حصة الفائت إن كان النقص في القدر. أما إن كان نقصان وصف فلا يسقط شيء من الثمن «والمراد بالوصف ما يدخل تحت البيع بلا ذكر كالأشجار والبناء في الأرض، والأطراف في الحيوان، والجودة في الكيلي والوزني».[1]

أما الشافعية فقد نصوا على أنه إذا تلف أحد الشيئين المعقود عليهما صفقة واحدة، قبل القبض، يفسخ العقد في التالف بلا خلاف. أما في الباقي فلهم فيه طريقان: أحدهما أنه

(١) بدائع الصنائع ٥/ ٢٨٩، فتح القدير ٥/ ١٧٦

(٢) الفتاوى الكبرى ٢/ ٢٤٣ ـ ٢٤٦

(١) رد المحتار ٤/ ٤٦، بدائع الصنائع ٥/ ٢٣٩

على الخلاف فيمن باع ملكه وملك غيره، لأن ما يحدث قبل القبض كالموجود في حال العقد في إبطال العقد، وأصحهما القطع بأنه لا ينفسخ لعدم علّة الفساد هناك.

فإذا قيل بعدم انفساخ العقد فللمشتري الخيار في الفسخ في الباقي، لتفرق الصفقة عليه، والأصح أنه لا يلزمه إلا قسط الباقي، لأن العوض هنا قابل المبيعين مقابلة صحيحة حال العقد وانقسم العوض عليهما فلا يتغير بهلاك بعضه.

هذا إذا كان المقبوض باقيا في يد المشتري، فإن تلف في يده ثم تلف الآخر في يد البائع ففي الانفساخ في المقبوض خلاف مرتب على الصورة السابقة، وأولى بعدم الانفساخ لتلفه في ضمان المشتري. وإذا قيل بعدم الانفساخ، فهل له الفسخ؟ فيه وجهان: أحدهما نعم، ويرد قيمته ويسترد الثمن إن كان سلمه، وأصحهما لا، بل عليه حصته من الثمن.

وقد علل الشافعية حجب الخيار عن البائع بأنه لم يلحقه نقص فيما يخص ملكه.

ومما له حكم تلف بعض الصفقة، ما لو انقطع بعض المسلم فيه عند المحل، وكان الباقي مقبوضا أو غير مقبوض، قال النووي: وإذا قلنا: لو انقطع الجميع لم ينفسخ العقد كان المسلم بالخيار: إن شاء فسخ العقد في الجميع وإن شاء أجازه في الجميع. وهل له الفسخ في القدر المنقطع والإجازة في الباقي؟ فيه قولان.[1]

خيار التفليس

انظر: إفلاس

خيار تلقي الركبان

انظر: بيع منهي عنه

خيار التولية

انظر: تولية

(١) المجموع شرح المهذب ٩/ ٣٨٣، ٣٨٦ - ٣٨٧

خيار الرؤية

التعريف :

١ ـ سبق تعريف الخيار لغة في مصطلح : (خيار) بوجه عام.

أما لفظ (الرؤية) من المركب الإضافي (خيار الرؤية) فهو مصدر لفعل رأى يرى ومعناه لغة : النظر بالعين وبالقلب.(١)

أما خيار الرؤية اصطلاحا : فهو حق يثبت به للمتملك الفسخ ، أو الإمضاء عند رؤية محل العقد المعين الذي عقد عليه ولم يره ، والإضافة في خيار الرؤية من إضافة السبب إلى المسبب أي خيار سببه الرؤية.(٢)

وخيار الرؤية يثبت بحكم الشرع نظرا للعاقد الذي أقدم على شراء ما لم يره ، فربما لا يكون موافقا له ، فقد أباح له الشارع عزيمة حق الخيار بين فسخه أو الاستمرار فيه ؛ وهكذا لا يحتاج خيار الرؤية إلى اشتراط عند جمهور

(١) المصباح المنير ، والمغرب ، والقاموس المحيط مادة : «رأى».

(٢) رد المحتار ٤ / ٦٢ ، فتح القدير ٥ / ١٣٧ ، البحر الرائق ٦ / ٢٨.

القائلين به ، إلا المالكية فهو عندهم خيار إرادي يشترط في بيع الغائب أحيانا تصحيحا له.

وخيار الرؤية ـ بالرغم من سلكه في عداد خيارات الجهالة ـ هو من الخيارات التي يراد بها إتاحة المجال للعاقد ليتروى وينظر هل المبيع صالح لحاجته أم لا؟

خيار الرؤية والمذاهب فيه :

٢ ـ القول بخيار الرؤية إيجابا أو نفيا مرتبط كل الارتباط ببيع الشيء الغائب صحة وفسادا.

ومن الضروري التمهيد ببيان المراد بالغيبة في قولهم (العين الغائبة) فالمراد خصوص غيبتها عن البصر بحيث لم تجر رؤيتها عند العقد ، سواء أكانت غائبة أيضا عن مجلس العقد أو حاضرة فيه لكنها مستورة عن عين العاقد ، فهي تسمى غائبة في كلتا الحالين ، ويستوي في غيابها عن المجلس أن تكون في البلد نفسه أو في بلد آخر من حيث مفهوم الغيبة وإن اختلف الحكم أحيانا.

فالغائب هنا هو غير المرئي ، إما لعدم حضوره ، وإما لانتفاء رؤيته بالرغم من حضوره ، فليس كل حاضر مرئيا ، فقد يكون حاضرا غير مرئي.(١)

(١) الشرح الكبير وحاشية الدسوقي ٣ / ٢٧ (نظر بحث غير المالكية راسـ لأنهم نقل عنه أيضا) ، والمحلى ٨ / ٣٤١.

مشروعية بيع الغائب :

٣ ـ بيع الغائب مع الوصف صحيح عند الجمهور في الجملة وينظر التفصيل في مصطلح : (بيع) ف ٤٣ و ٤٤ (ج ٩ / ٢٣)

مشروعية خيار الرؤية :

٤ ـ اختلف الفقهاء في مشروعية خيار الرؤية على ثلاثة أقوال :

١ ـ إثبات خيار الرؤية ، بحكم الشرع ـ دون حاجة إلى اتفاق الإرادتين عليه ـ وتمكين العاقد بموجبه من الفسخ أو الإمضاء على سبيل التروي ، ولو كان ما اشتراه موافقا لما وصف له عند العقد . وهذا ما ذهب إليه الحنفية .

٢ ـ القول بخيار رؤية يشترطه المشتري في بيع ما لم يره ليصح عقده ، وهو لا يثبت بحكم الشرع بل هو إرادي محض يجب على العاقد اشتراطه في بعض صور بيع الغائب وبدونه يفسد العقد ، وهذا تحقيق ما ذهب إليه المالكية .

٣ ـ نفي خيار الرؤية مطلقا ، وهو القول الجديد المعتبر في مذهب الشافعية ، وأشهر الروايتين في مذهب أحمد .

أدلة الحنفية ومن معهم :

٥ ـ احتج الحنفية بقوله تعالى : ﴿وأحل الله البيع﴾ .[١] وهذا على عمومه ، فيشمل بيع العين الغائبة ، ولا يخرج منه إلا بيع منعه كتاب أو سنة أو إجماع .

وبقوله ﷺ : «من اشترى شيئا لم يره فهو بالخيار إذا رآه» .[١]

وقد جاء من رواية مكحول مرسلا بلفظه وزيادة : «إن شاء أخذه ، وإن شاء تركه» .[٢]

ومن الآثار المروية عن الصحابة ما أخرجه الطحاوي عن علقمة بن وقاص الليثي أن طلحة بن عبيد الله اشترى من عثمان بن عفان مالا ، فقيل لعثمان : إنك قد غبنت ـ وكان المال بالكوفة لم يره عثمان حين ملكه ـ فقال عثمان : لي الخيار لأني بعت ما لم أر . فقال طلحة : لي الخيار ، لأني اشتريت ما لم أر . فحكما بينهما جبير بن مطعم فقضى أن الخيار لطلحة ولا خيار لعثمان .[٣]

---

(١) سورة البقرة/ ٢٧٥

(١) حديث : «من اشترى شيئا لم يره فهو بالخيار إذا رآه . . .» أخرجه الدارقطني (٣/ ٥ ـ ط دار المحاسن) من حديث أبي هريرة ، وقال الدارقطني : «هذا باطل لا يصح» . وذلك لأن راويه متهم بالوضع في سنده ، وأعله ابن القطان بعلة أخرى ، وهي جهالة الراوي عن ذلك المتهم . كذا في نصب الراية للزيلعي (٤/ ٩ ـ ط المجلس العلمي بالهند) .

(٢) رواية مكحول ، أخرجها الدارقطني (٣/ ٤ ـ ط دار المحاسن) وقال : «هذا مرسل ، وأبو بكر بن أبي مريم (الراوي عن مكحول) ضعيف» .

(٣) معاني الآثار ، للطحاوي ٤/ ١٠ ، وقد أورده مستطردا في (تلقي الجلب) ولم يبوب خيار الرؤية . ونصب الراية ٤/ ١٠ وقال : أخرجه الطحاوي ثم البيهقي . وكذلك في فتح الباري ٥/ ٣٢٤ والمجموع ٩/ ٢٦٦

واستدلوا به من المعقول:

بالقياس على النكاح، فإنه لا يشترط رؤية الزوجين بالإجماع، والقياس على بيع ما له صوان كالرمان والجوز.(١)

دليل المانعين:

٦ - ودليل من لم يقل بخيار الرؤية أن بيع الغائب أصلا لا يصح كما سبق. وأما المالكية فخيار الرؤية عندهم هو أشبه بخيار الشرط، لأنه يجب على العاقد اشتراطه ليصح بيع الغائب.

سبب ثبوت الخيار:

٧ - إن سبب ثبوت هذا الخيار هو عدم الرؤية، كما يدل على ذلك الحديث، واسمه، وتعريفه، وقال آخرون: إن سببه هو الرؤية نفسها، فالإضافة إلى الرؤية هي من إضافة الشيء إلى سببه (وصحح أن تكون من إضافة الشيء إلى شرطه كما ذهب إليه بعض المصنفين).(٢) ولا ينبني على هذا الاختلاف كبير فائدة.

المراد بالرؤية:

٨ - المراد بالرؤية في هذا المجال: العلم بالمقصود الأصلي من محل العقد، سواء أكان ذلك العلم

(١) المجموع ٩/ ٣٣١

(٢) فتح القدير ٥/ ١٣٧

يحصل بالرؤية البصرية أو بأي حاسة من الحواس، كاللمس، والجس، أو الذوق، أو الشم، أو السمع فهو في كل شيء بحسبه.(١)

وفي رؤية ما سبيل العلم به الرؤية لا يشترط رؤية جميعه، بل يكفي رؤية ما يدل على العلم بالمقصود، ويختلف ذلك بين كون المحل شيئا واحدا، أو أشياء لا تتفاوت آحادها كالمثليات.

ففي الشيء الواحد يعتبر رؤية ما يدل على العلم بالمقصود، وله أمثلة كثيرة في كتب الفقه.(٢)

الرؤية في المثليات:

٩ - المحل المعقود عليه إما مثلي وإما قيمي، وتختلف الرؤية المعتبرة - أو الاطلاع والعلم - في أحدهما عن الآخر.

والمراد بالمثلي هنا ما كان معينا من المثليات، لأنه بمنزلة الأعيان، أما إذا كان موصوفا في الذمة فهو دين ولا يجري في العقد عليه خيار الرؤية لأنه يختص بالأعيان.(٣)

(١) رد المحتار ٤/ ٦٨ وإنما مثلوا له بالمعروف التي تفترق في الغزو حثا على الإنذار لكون المثل مما لا خلاف في إباحة التبايع فيه.

(٢) الفتاوى الهندية ٣/ ٦٣ الفصل الثاني فيما تكون رؤية بعضه كرؤية الكل في إبطال الخيار، وفتح القدير والعناية شرح الهداية ٥/ ١٤٤

(٣) المبسوط ١٣/ ٧٢، والهداية وفتح القدير، والعناية ٥/ ١٤٢، والهندية ٣/ ٦٤، والبدائع للكاساني ٥/ ٢٩٤

الرؤية في القيميات :

١٠ ـ القيميات أو الأشياء غير المثلية ويطلق عليها: العدديات المتفاوتة، كالدواب، والأراضي، والثياب المتفاوتة، ونحو ذلك، لابد فيها من رؤية ما يدل على المقصود من الشيء الواحد، أو رؤية ذلك من كل واحد منها إذا كان المبيع أكثر من واحد من تلك الأشياء المتفاوتة، كعدة دواب مثلاً، لأن رؤية البعض لا تعرف الباقي للتفاوت في آحاده.[1]

صور خاصة من الرؤية :

أ ـ الرؤية من خلف زجاج : لا تكفي عند أبي حنيفة حتى يرى ما فيه أو ما خلفه دون حائل، وعن محمد أنه يكفي، لأن الزجاج لا يخفي صورة المرئي، وروى هشام أن قول محمد موافق لقول أبي حنيفة.[2]

ب ـ الرؤية لما هو في الماء: كسمك (يمكن أخذه من غير اصطياد) قال بعضهم: يسقط خياره، لأنه رأى عين المبيع، وقال بعضهم: لا يسقط، وهو الصحيح، لأن المبيع لا يرى في الماء على حاله بل يرى أكبر مما هو، فهذه الرؤية لا تعرف المبيع.[3]

ج ـ الرؤية بوساطة المرآة: قالوا: لا يسقط خياره، لأنه ما رأى عينه بل مثاله.[1]

د ـ الرؤية من وراء ستر رقيق: تعتبر رؤية، على ما في فتاوى قاضيخان.[2]

هـ ـ الرؤية في ضوء يستر لون الشيء: كرؤية ورق أبيض أو قماش، في ضوء يستر معرفة بياضه كضوء النار، ليلاً أو نهاراً، لا تعتبر رؤية مسقطة لقيام الخيار.[3]

و ـ الرؤية بالنسبة للأعمى: لا يتصور التساؤل فيه إلا فيما سبيل معرفته الرؤية بالبصر، أما ما يعرف بالذوق، أو الشم، أو الجس، فهو في ذلك كالبصير. أما ما لابد من رؤيته كالدار ونحوها والنموذج في المثليات فيغني عن الرؤية الوصف بأبلغ ما يمكن، فإذا قال: قد رضيت، سقط خياره، لأن الوصف يقام مقام الرؤية أحياناً، كالسلم، والمقصود رفع الغبن عنه، وذلك يحصل بالوصف وإن كان بالرؤية أتم.[4]

---

(١) فتح القدير والعناية ٥/ ١٤٢، ١٤٣

(٢) فتح القدير ٥/ ١٤٤، والفتاوى الهندية ٣/ ٦٣ نقلاً عن الخلاصة

(٣) فتح القدير ٥/ ١٤٤، والفتاوى الهندية ٣/ ٦٣ نقلاً عن السراج الوهاج.

---

(١) فتح القدير ٥/ ١٤٤، ورد المحتار ٤/ ٦٨ كلاهما عن التحفة، وهو في الهندية ٣/ ٦٣ نقلاً عن السراج. وعلى هذا يجري الحكم في رؤية صورة الشيء الفوتوغرافية، لأنه أشبه شيء بالمرآة فضلاً عن احتمال التفاوت ما بين رؤية الصورة ورؤية الحقيقة

(٢) الهندية ٣/ ٦٣

(٣) نهاية المحتاج ٣/ ٤١٦

(٤) فتح القدير ٥/ ١٤٧، والمبسوط ١٣/ ٧٧ والبدائع ٥/ ٢٩٨، والكلام في الرؤية بالنسبة للأعمى شامل للرؤية التي يوجبه قبل الشراء، أو قبل القبض فتنبه.

دور العرف في تحديد الرؤية الجزئية الكافية :

١١ - تناول الفقهاء بالبيان المسهب بعض تلك الأشياء القيمية (المتفاوتة الآحاد) وخاصة ما تكثر الحاجة إلى تداوله، فذكروا ما تكفي رؤيته من كل منها لاعتبار الخيار حاصلا عقب تلك الرؤية المقتضبة، فيعتبر حينئذ الرضا والفسخ بعدها. والخلاف في الرؤية الكافية المثبتة للخيار قد نشأ بناء على العرف المكاني أو الزماني، وذلك يتيح المجال لرسم جميع ما ذكروه بهذا الميسم، أي أنه تصوير للعرف في مكان أو زمان معين، وأنه لا ضير في الانعتاق عن تلك القيود إذا كان العرف قد تغير، أما فيما كانت العلة في الاجتزاء برؤية بعضه مستمدة من العقل أو الوضع اللغوي، فذلك باق لبقاء عوامل اعتباره.[1]

شرائط قيام خيار الرؤية :

أ - كون المحل المعقود عليه عينا :

١٢ - المراد بالعين ما يتعقد العقد على عينه، لا على مثله، وهو مقابل الدين (بمعنى ما يعين بالوصف ويثبت في الذمة). قال ابن الهمام : لا يتصور في النقد وسائر الديون خيار رؤية، لأن العقد ينعقد على مثلها لا على عينها. حتى لو باعه هذا الدينار بهذه الدراهم، لصاحب الدينار أن يدفع غيره، وكذا لصاحب الدراهم. بخلاف الأواني والحلي.

والتوجيه فيه أن المعقود عليه إذا كان مما لا يتعين بالتعيين لا ينفسخ العقد برده، لأنه إذا لم يتعين للعقد لا يتعين للفسخ فيبقى العقد، وقيام العقد يقتضي ثبوت حق المطالبة بمثله، فإذا قبض يرده هكذا إلى ما لا نهاية له، فلم يكن الرد مفيدا، لأن العقد إنما يرد على المملوك بالعقد، وما لا يتعين بالتعيين لا يملك بالعقد وإنما يملك بالقبض فلا يرد عليه الفسخ.[1]

وكذلك لا حاجة لخيار الرؤية في غير الأعيان لأن المقصود من البيع تحقق الرضا، ورضاه في بيع الدين موكول بالوصف، فإذا تحقق الوصف حصل الرضا وانتفى ما يقتضي ثبوت الخيار.[2]

فيشترط لثبوت خيار الرؤية أن يكون محل العقد (المبيع مثلا) من الأعيان (أي الأموال العينية) وهي ما تتعين بالتعيين ولا يجوز لدافعها تبديلها.[3]

= خيار الخيار وهو في ذلك كالبصير. ومثل الأعمى ففاقد شيء من الحواس الأخرى (البدائع ٥ / ٢٩٢).

(١) انظر الهداية، وشروحها العناية ٥ / ١٤٣، وفتح القدير ٥ / ١٤٣. والفتاوى الهندية ٣ / ٦٢

(١) فتح القدير ٥ / ٣٦٧ و ٣٦٩، ورد المحتار ٤ / ٦٣، والعناية ٥ / ١٤-٦

(٢) فتح القدير ٥ / ٣٦٦

(٣) فتح القدير ٥ / ٣٦٧، البدائع ٥ / ٢٩٢

ومثال الأعيان: الأراضي والدواب وكل ما لم يكن من المثليات.

أما المثليات فبعضها أعيان وبعضها ديون، بحسب تعيين العاقد لها، فإذا عقد على مكيل أو موزون معين بالإشارة أو بأية وسيلة تجعل العقد ينصب عليها دون أمثالها فهي حينئذ عين، ويثبت فيها خيار الرؤية، أما إذا قال: بعتك كذا من الحنطة، وبين أوصافها، فهي قد ثبتت في الذمة ولم تقع على معين، بالرغم من كونها عنده لكنه لم يعينها للعقد. وعلى هذا قال قاضيخان في فتاويه: والمكيل والموزون إذا كان عينا فهو بمنزلة سائر الأعيان، وكذا التبر من الذهب والفضة والأواني، ولا يثبت خيار الرؤية فيما ملك دينا في الذمة كالسلم (أي المسلم فيه)، والدراهم والدنانير عينا كان أو دينا، والمكيل والموزون إذا لم يكن معينا فهو بمنزلة الدراهم والدنانير.[1]

قال ابن الهمام: ومنه ـ أي الأعيان ـ بيع إناء من فضة أو ذهب لأنه ليس من الأثمان الخالصة. وكذا رأس مال السلم إذا كان عينا يثبت فيه خيار الرؤية للمسلم إليه، أما الدراهم والدنانير فقد تمحضت ديونا فهي لا تقبل التعيين.[2]

ب ـ كون المعقود عليه في عقد يقبل الفسخ: أي ينفسخ بالرد:

١٣ ـ وذلك كالبيع، فإذا رد المبيع انفسخ العقد، وكالإجارة ـ إذا رد العين المأجورة ـ والصلح عن دعوى المال برد المال المصالح عنه، والقسمة برد النصيب، فإن هذه العقود تنفسخ برد محلها فيثبت فيها خيار الرؤية، أما مثل المهر في عقد النكاح، أو البدل في الخلع، وبدل الصلح في عقد الصلح عن دم العمد ونحوها، فإن تلك العقود المشتملة عليها لا تنفسخ برد هذه الأموال بالرغم من أنها أعيان.

ذلك أن الرد لما لم يوجب الانفساخ بقي العقد قائما، وقيامه يوجب المطالبة بالعين لا بما يقابلها من القيمة. فلو كان له أن يرده كان له أن يرده أبدا. إذ كلما آلت إليه عين بديلة ثبت فيها خيار رؤية ورد وهكذا، فلابد من أن يكون العقد مما ينفسخ بالرد ليكون لثبوت خيار الرؤية فيه جدوى.[1]

ج ـ عدم الرؤية عند العقد، أو قبله، مع عدم التغير:

١٤ ـ سبب ثبوت الخيار أن الرؤية السابقة تمنع ثبوت الخيار إذا توفر فيها أمران، أحدهما: عدم التغير، فبالتغير يصير شيئا آخر فيكون مشتريا شيئا لم يره.

---

(١) فتاوى قاضيخان، بهامش الهندية ٢/ ٨٧.

(٢) فتح القدير ٥/ ٨٣ و١٣٩، ورد المحتار ٤/ ٢٢ و٦٣.

(١) فتح القدير ٥/ ١٤٠، ورد المحتار ٤/ ٦٣.

والأمر الثاني : لابد أن يكون عالماً وقت العقد أن ما يعقد عليه هو مرئيه السابق ، فلو لم يعلم به كأن رأى ثوباً ثم اشتراه ملفوفاً بساتر وهو لا يعلم أنه ذلك الذي رآه فله الخيار . لعدم ما يوجب الحكم عليه بالرضا .

وسواء في الرؤية أن تكون للمعقود عليه كله ، أو لنموذج منه ، أو الجزء الدال على الكل .

واشترط بعضهم في الرؤية السابقة أن تحصل مع قصد الشراء حينئذ ، فلو رآه لا لقصد الشراء ثم اشتراه يثبت له الخيار عند هؤلاء .
وهذا القيد جاء في الفتاوى الظهيرية وجامع الفصولين مصدراً بلفظ «قيل» ـ وهي صيغة تمريض ـ لكن ابن نجيم في البحر قال عقبه : «ووجهه ظاهر ، لأنه لا يتأمل التأمل المفيد» ثم قال الحصكفي صاحب الدر المختار : «ولقوة مدركه عولنا عليه» غير أن ذلك لم يرق للخير الرملي والمقدسي ، كما ذكر ابن عابدين ، بحجة أنه خلاف الظاهر من الرواية ، وأنه مناف لإطلاقاتهم .(٦)

واعتبار عدم رؤية المعقود عليه شرطاً لقيام الخيار ، هو ما جرى عليه الكاساني ـ وهو شديد الوضوح في ظاهره ـ لكن للكمال بن الهمام عبارة توهم خلافه وهي قوله في تعليل لفظ : (خيار الرؤية) : الإضافة من قبيل إضافة الشيء إلى شرطه ، لأن الرؤية شرط ثبوت الخيار ، وعدم الرؤية هو السبب لثبوت الخيار عند الرؤية . فهو قد اعتبر الرؤية شرطاً ، وعند الكاساني الشرط عكسه : عدم الرؤية .(١)

د ـ رؤية المعقود عليه ، أو ما هو بمنزلتها بعد العقد :
١٥ ـ أشار ابن الهمام إلى أن الرؤية شرط ثبوت الخيار كما رأينا ، ومن لم ينص على ذلك في عداد الشروط اكتفى بالبيان الصريح بأن وقت ثبوته هو وقت الرؤية .(٢) قال ابن عابدين : الرؤية بعد الشراء شرط ثبوت الخيار .(٣)

من يثبت له الخيار :
١٦ ـ هناك اتجاهات للفقهاء فيمن يثبت له الخيار .

الاتجاه الأول : أنه للمشتري فقط ، وليس للبائع خيار الرؤية فيما باعه ولم يره ، كمن ورث شيئاً من الأعيان في بلد بعيد فباعه قبل رؤيته ،

---

(٦) فتح القدير ٤/ ٥٤١ ، ورد المحتار ٤/ ٦٩ ، والبدائع ٥/ ٢٩٢

(١) فتح القدير ٥/ ١٣٧ ، ورد المحتار ٤/ ٦٣ ، والبدائع ٥/ ٢٩٦

(٢) كالكاساني فقد نصر تصر نصاً على الشرط الأولى والثانية ، ثم استعرض عن الثالثة بالتبويب لها بعنوان (بيان وقت ثبوت الخيار) البدائع ٥/ ٢٩٥

(٣) رد المحتار ٤/ ٦٣ و٦٦ ، وفتح القدير ٥/ ١٣٧

وهو ما استقر عليه مذهب الحنفية، وهذا آخر القولين عن أبي حنيفة، فقد كان يقول أولا بثبوته للبائع أيضا ثم رجع وقال: العقد في حق البائع لازم، والخيار للمشتري فقط. واستدلوا بنص الحديث المثبت لخيار الرؤية، وقالوا: إن عدم الخيار ولزوم العقد هو الأصل.

وفي بيع المقايضة يثبت خيار الرؤية للطرفين، لأن كليهما يعتبر مشتريا.[1]

الاتجاه الثاني: يثبت خيار الرؤية للبائع أيضا: وهو القول المرجوع عنه لأبي حنيفة، والقول القديم للشافعي، ورواية مرجوحة عن أحمد، وذلك على افتراض الأخذ بالخيار عند الشافعية والحنابلة، وقد صححوا عدم الأخذ به.[2]

العقود التي يثبت فيها خيار الرؤية:

١٧ ـ يثبت خيار الرؤية في عقد البيع، والمراد به هنا الشراء، لأن الخيار يثبت فيه للمشتري وحده دون البائع والعقد من وجهته شراء.

أما في (عقد السلم) فإذا كان رأس مال السلم عينا يثبت خيار الرؤية فيه للمسلم إليه. ولا يثبت في رأس مال السلم إن كان دينا كما لا يثبت في المسلم فيه بتاتا، لأن شرطه الأساسي أن يكون من الديون.

ولا مدخل لخيار الرؤية في الصرف عند الحنفية لأنه بيع دين بدين.[1]

ويثبت خيار الرؤية في الاستصناع للمستصنع المشتري، ولو أتى به الصانع على الصفة المشروطة، لأنه غير لازم في حقه ولا يثبت للصانع إذا أراه المستصنع ورضي به في ظاهر الرواية، وروي عن أبي حنيفة الخيار لهما، وروي عن أبي يوسف لزومه في حقهما.[2]

أما الصانع فليس له خيار الرؤية في ظاهر الرواية.

وكذلك في عقد الإجارة لا يثبت إلا في إجارة الأعيان، كإجارة دار بعينها، أو سيارة بذاتها، إذا كان المستأجر قد عقد الإجارة دون أن يرى المأجور.

وفي عقد القسمة يثبت في قسمة غير المثليات، أي في نوعين فقط من الأنواع الثلاثة للمال المقسوم، هما قسمة الأجناس المختلفة جزما، وقسمة القيميات المتحدة الجنس كالثياب من نوع واحد، أو البقر والغنم، أما في قسمة المثليات المتحدة الجنس كالمكيلات،

---

(١) البدائع ٥/ ٢٩٢، المبسوط ١٣/ ٧٦، الفتاوى الهندية ٣/ ٥٨، وفتح القدير ٥/ ١٤٠.

(٢) فتح القدير ٥/ ١٤٠، والمجموع ٩/ ٣٢٢، والمغني ٣/ ١٩٦ و٣٧٧.

(١) البدائع ٥/ ٢٠٩ ـ ٢١٠، والبحر الرائق ٦/ ٢٦ ـ ٢٨، جامع الفصولين ١/ ٣٢٤.

(٢) فتح القدير ٥/ ١٣٩ و٣٣٥، البدائع ٥/ ٢١٠، ٢٩٦، ورد المحتار ٤/ ٦٣، ٩٣.

والموزونات، فلا يثبت خيار الرؤية فيها، لأنها مما لا تتعين بالتعيين.

وهذا إذا كان أحد المقتسمين لم ير نصيبه عند القسمة.

وفي عقد الصلح على ما سبق.

وقت ثبوت الخيار :

١٨ - وقت ثبوت خيار الرؤية هو وقت الرؤية، لا قبلها. ولذا لو أمضى العقد قبل رؤية المعقود عليه ورضي به صريحا بأن قال: أجزت أو رضيت أو ما يجري هذا المجرى، ثم رآه كان له أن يرده بخيار الرؤية. لأن النص أثبت الخيار بعد الرؤية فلو ثبت له حق الإجازة قبلها وأجاز لم يثبت له الخيار بعدها، وهذا خلاف النص، ولأن المعقود عليه قبل الرؤية مجهول الوصف. والرضا بالشيء قبل العلم به وبوجود سببه محال، فكان ملحقا بالعدم.[1]

وهذا لم يصح إسقاط الخيار قبل الرؤية أو التنازل عنه بقوله: رضيت البيع أو أمضيت العقد، لأنه لا يصح إسقاط الخيار قبل ثبوته بالرؤية، وإسقاط الشيء فرع لثبوته، فلا يمكن الإسقاط قبل الثبوت. فلو أسقط المشتري خياره قبل الرؤية لم يسقط، وظل له حق ممارسته عند الرؤية. قال السرخسي: إن في الرضا قبل الرؤية هنا إبطال حكم ثبت بالنص وهو الخيار للمشتري عند الرؤية.[1]

إمكان الفسخ قبل الرؤية :

١٩ - قول الحنفية بإمكان الفسخ قبل الرؤية ليس بناء على الخيار - لعدم ثبوته قبل الرؤية - بل لما في العقد من صفة عدم اللزوم للجهالة المصاحبة له عند العقد، حيث اشتراه دون أن يراه، فهو كالعقود الأخرى غير اللازمة، ففسخه ممكن لهذا السبب، ثم إذا رآه ثبت له خيار الرؤية، فكان سببا آخر للفسخ ولا مانع من اجتماع الأسباب على مسبب واحد.

أمد خيار الرؤية :

٢٠ - للفقهاء في بيان مدى الزمن الصالح للرضا أو الفسخ بعد الرؤية اتجاهان:

الأول: على التراخي، فليس لخيار الرؤية مدى محدود، بل هو مطلق غير مؤقت بمدة. فهو يبدأ بالرؤية ويبقى إلى أن يوجد ما يبطله - ولو في جميع العمر - ولا يتوقت بإمكان الفسخ. وهذا هو اختيار الكرخي من مشايخ الحنفية،

---

(1) فتح القدير ٥/ ١٣٩، البدائع ٥/ ٢٩٦، المعاملات الشرعية للشيخ أحمد إبراهيم ص ١٦٠، ومختصر المعاملات الشرعية للشيخ علي الخفيف ص١٥٢

(1) فتح القدير والعناية ٥/ ١٣٩، المبسوط ١٣/ ٧٦، البدائع ٥/ ٢٩٧

ويلاحظ أن ابن الهمام حقق وجود الخلاف في صحة الفسخ قبل الرؤية، وأنه لا رواية فيه عن الإمام، والخلاف من مشايخ الحنفية.

وهو الأصح والمختار كما قال ابن الهمام وابن نجيم وغيرهما.

وذلك لأن النص مطلق، ولأن سبب خيار الرؤية اختلال الرضا، والحكم يبقى ما بقي سببه.

الثاني: على الفور، فهو موقت بإمكان الفسخ بعد الرؤية، حتى أنه لو رآه وتمكن من الفسخ ولم يفسخ سقط خياره بذلك ولزم العقد، وإن لم يوجد منه تصريح بالرضا أو مسقط آخر للخيار حيث يعتبر ذلك دلالة على الرضا. وهذا قول لبعض فقهاء الحنفية.[1]

أثر الخيار في حكم العقد قبل الرؤية:

٢١ ـ حكم العقد قبل الرؤية حكم العقد الذي لا خيار فيه، وهو ثبوت الحل للمشتري في المبيع للحال، وثبوت الملك للبائع في الثمن للحال، لأن ركن العقد في البيع، أو الإجارة، أو القسمة، أو الصلح صدر مطلقا عن شرطه. وكان ينبغي أن يلزم العقد لولا أنه ثبت الخيار (شرعا) احتياطا للمشتري، بخلاف خيار الشرط، لأن الخيار ثمة ثبت بإرادة العاقدين فأثر في ركن العقد بالمنع من الانعقاد في حق الحكم تحقيقا لرغبة العاقد في تعليق العقد.[2]

(١) فتح القدير ٥/ ١٣٩

(٢) البدائع ٥/ ٢٩٥، والفتح ٥/ ١٣٩، ورد المحتار ٤/ ٦٥، والمنية ٣/ ٨٨ نقلا عن البحر

(٢) البدائع ٥/ ١٩٣

هذا على القول بصحة الفسخ قبل الرؤية، فالعقد غير لازم عند هؤلاء، أما من منع الفسخ فهو يرى أن العقد بات، فلا يلحقه فسخ ولا إجازة إلى أن تحصل الرؤية، وقد مال ابن الهمام إلى هذا.[1]

أثر الخيار على حكم العقد بعد الرؤية:

٢٢ ـ منذ قيام خيار الرؤية (بتحقق شرطه، وهو الرؤية) يغدو العقد غير لازم بالاتفاق، ولكن لا يترتب عليه أي أثر في حكم العقد، فلا يمنع انتقال الملك في البدلين، لأن سبب العقد قد وجد خاليا من تعليق حكم العقد، فيظل أثره كاملا كانتقال الملك وغيره.

وقد خالف في هذا المالكية، فذهبوا إلى أن الملك مع خيار الرؤية لا ينتقل لعدم استقرار العقد باحتمال الفسخ، والملك إنما هو في العقد المستقر. ولا يخفى أن استقرار العقد لا يعوق ترتب الحكم، وإنما ينشأ عنه تمكن صاحب الخيار من رفع العقد بالفسخ.[2]

سقوط الخيار:

٢٣ ـ يسقط خيار الرؤية بالأمور التالية، سواء حصلت قبل الرؤية أو بعدها:

أ ـ التصرفات في المبيع بما يوجب حقا للغير، كما

(١) فتح القدير ٥/ ١٣٩

(٢) فتح القدير ٥/ ١٣٩، البدائع ٥/ ٢٩٢، المجموع ٩/ ٢٩٩، الخرشي ٥/ ٣٤

لو باع الشيء الذي اشتراه ولم يره لشخص آخر بيعا لا خيار فيه، أو رهنه، أو آجره، أو وهب مع التسليم، لأن هذه التصرفات لا تكون إلا مع الملك، ومِلك صاحب الخيار ثابت فيها. فصادفت المحل ونفذت، وبعد نفوذها لا تقبل الفسخ والرفع، فبطل الخيار ضرورة، كما أن إبطالها فيه ضياع لحقوق الغير التي ترتبت لهم بهذه التصرفات، ففسخ البيع أولى من إبطال حقوقهم.[١]

ويستثنى من ذلك ما لا يوجب حقا للغير كالبيع بشرط الخيار للبائع، أو المساومة بقصد العرض على البيع، أو الهبة من غير تسليم، لأن ذلك لا يربو على صريح الرضا، وهو لا يبطله قبل الرؤية. ثم إن التصرف الذي تعلق فيه حق الغير لو عاد إلى ملكه برد قضائي، أو بفك الرهن، أو فسخ الإجارة قبل الرؤية ثم رآه فله الخيار.[٢]

ب ـ تغير المبيع بغير فعله:

حصول التغير إما بطروء الزيادة عليه مطلقا (المنفصلة أو المتصلة، المتولدة أو غيرها) على أن تكون مانعة للرد، وإما بالنقص والتعيب ـ في قول أبي حنيفة ـ والنقص المراد هنا هو ما يحصل بآفة سماوية، أو بفعل أجنبي، أو بفعل البائع على التفصيل المذكور في خياري الشرط والعيب. كما ذكر الكاساني.[١]

ج ـ تعيب المبيع في يد المشتري:

لأنه بالتعيب لا يمكن إرجاع المبيع إلى البائع كما استلمه المشتري، والفسخ يكون بالحالة التي كان عليها المبيع عند العقد وقد استلمه سليما فلا يرده معيبا، ولذا يسقط الخيار.

د ـ إجازة أحد الشريكين فيما اشترياه ولم يرياه دون صاحبه، وذلك عند أبي حنيفة، حذرا من تفريق الصفقة على البائع، كما مر في خيار العيب.

هـ ـ الموت: واعتباره مسقطا موضع خلاف، وسيأتي تفصيله.[٢]

حكم صريح الإسقاط في خيار الرؤية:

ذكر الكاساني أن الأصل أن كل ما يبطل خيار الشرط والعيب يبطل خيار الرؤية، إلا أن خيار الشرط والعيب يسقط بصريح الإسقاط، وخيار الرؤية لا يسقط بصريح الإسقاط لا قبل

---

(١) البدائع ٥/ ٢٩٥، فتح القدير ٥/ ١٤٦، ١٤٩، رد المحتار ٤/ ٧٢

(٢) فتح القدير ٥/ ١٤٢

(١) البدائع ٥/ ٢٩٦

(٢) فتح القدير ٥/ ١٤٩، والعناية شرح الهداية ٥/ ١٤٩، ١٥٠، والبدائع ٥/ ٢٩٦

الرؤية ولا بعدها، لأن خيار الرؤية ثبت شرعا حقا لله تعالى فلا يسقط بإسقاط العبد، وأما خيار الشرط والعيب فقد ثبت بالاشتراط حقيقة، أو دلالة. وما ثبت حقا للعبد يحتمل السقوط بإسقاطه مقصودا، لأن الإنسان يملك التصرف في حق نفسه مقصودا، استيفاء وإسقاطا. فأما ما ثبت حقا لله فالعبد لا يملك التصرف فيه إسقاطا مقصودا، لأنه لا يملك التصرف في حق غيره مقصودا، لكنه يحتمل السقوط بطريق الضرورة، بأن يتصرف في حق نفسه، ويتضمن ذلك سقوط حق الشرع، فيسقط حق الشرع في ضمن التصرف في حق نفسه.[1]

انتهاء الخيار :

٢٤ ـ ينتهي الخيار بإجازة العقد إجازة قولية أو فعلية، والإجازة القولية هي الرضا بالعقد، صراحة أو بما يجري مجراها. أما الإجازة الفعلية فتكون بطريق الدلالة، بأن يوجد من المشتري تصرف يدل على الرضا. أما الفسخ فمنه اختياري، ومنه ضروري دون إرادة العاقد.

انتهاؤه بالإجازة :

الإجازة الصريحة أو بما يجري مجراها.

٢٥ ـ تتم الإجازة الصريحة بالتعبير عن الرضا، وهو بكل عبارة تفيد إمضاء العقد، أو اختياره، مثل: أجزته، أو رضيته، أو اخترته. وفي معنى الرضا الصريح ما شابهه وجرى مجراه سواء أعلم البائع بالإجازة أم لا، لأن الأصل في البيع المطلق اللزوم.[1]

الإجازة بطريق الدلالة :

٢٦ ـ هي أن يوجد من المشتري تصرف في المبيع بعد الرؤية يدل على الرضا، ومن هذه التصرفات القبض بعد الرؤية.

والتصرف في المبيع تصرف الملاك بأن كان ثوبا فقطعه، أو أرضا فبنى عليها، لأن إقدامه على هذه التصرفات دليل الرضا، ولولا هذا التقدير لكان متصرفا في ملك الغير وهو حرام، فجعل ذلك إجازة، صيانة له عن ارتكابه.[2]

انتهاء الخيار بالفسخ :

٢٧ ـ الفسخ إما أن يكون اختياريا، أو ضروريا، كما ذكر الكاساني، وصورة الفسخ الاختياري (الذي ينتهي به الخيار تبعا) هي أن يقول: فسخت العقد، أو نقضته، أو رددته، وما يجري هذا المجرى.

وأما الفسخ الضروري فله صورة واحدة

---

(١) البدائع ٥/ ٢٨٢ و٢٩٧، خيار العيب، و٢٦٧، خيار الشرط

(١) البدائع ٥/ ٢٩٥، ٢٩٦، والهداية وفتح القدير ٥/ ١٤٥

(٢) فتح القدير ٥/ ١٤٠، العناية ٥/ ١٤٠، البدائع ٥/ ٢٩٦

ذكرها الكاساني ، وهي أن يهلك المبيع قبل القبض ، فينفسخ العقد ضرورة ، وينتهي معه خيار الرؤية لذهاب المحل.[1]

شرائط الفسخ :

٢٨ ـ يشترط للفسخ ما يأتي :

أ ـ قيام الخيار، لأن الخيار إذا سقط بأحد المسقطات لزم العقد، والعقد اللازم لا يحتمل الفسخ.

ب ـ أن لا يتضمن الفسخ تفريق الصفقة على البائع ، فإن رد بعض المبيع دون بعضه لم يصح . وكذا إذا رد البعض وأجاز البيع في البعض لم يجز. سواء كان قبل قبض المعقود عليه أو بعده، لأن خيار الرؤية يمنع تمام الصفقة، ففي بقاء خيار الرؤية في البعض تفريق للصفقة على البائع قبل تمامها وهو باطل.[2]

ج ـ علم البائع بالفسخ ، عند أبي حنيفة ومحمد. وقال أبو يوسف: ليس بشرط ، وقد توسع الكاساني في دلائل هذا الخلاف.

انتقال خيار الرؤية :

٢٩ ـ خيار الرؤية عند الحنفية لا ينتقل بالموت، وذلك منسجم مع كونه عندهم لمطلق التروي، لا لتحاشي الضرر أو الخلف في الوصف، وغايته أن ينظر المشتري أيصلح له أم لا ، ومع اعتبارهم إياه خيارا حكميا من جهة الثبوت فقد قالوا إنه مرتبط بالإرادة من حيث الاستعمال.[1]

خيار الرجوع

انظر: بيع

(١) البدائع ٥/ ٢٩٨ ، فتح القدير ٥/ ١٤١

(٢) البدائع ٥/ ٢٩٨ ، ٢٩٩ ، فتح القدير ٥/ ١٤٠ ، الفتاوى الهندية ٣/ ٦٠ نقلا عن البحر، المبسوط ١٣/ ٧٤

(١) البدائع ٥/ ٢٩٦ ، وبالتوسع أيضا في خيار الشرط ٥/ ٢٦٨

خيار الشرط

التعريف :

١ ـ الخيار في اللغة : اسم مصدر من الاختيار، ومعناه طلب خير الأمرين، أو الأمور.[١]

أما (الشرط) ـ بسكون الراء ـ فمعناه اللغوي : إلزام الشيء والتزامه في البيع ونحوه، والجمع شروط، وبفتحها : العلامة، والجمع أشراط، والاشتراط : العلامة يجعلها الناس بينهم.[٢]

٢ ـ أما في الاصطلاح فقد قال ابن عابدين : وإن خيار الشرط مركب إضافي صار علما في اصطلاح الفقهاء على : ما يثبت (بالاشتراط) لأحد المتعاقدين من الاختيار بين الإمضاء والفسخ . . .[٣]

وقد عرّفه من المالكية (ابن عرفة) ـ بملاحظة الكلام عن (بيع الخيار) ـ بقوله : (بيع وقف بتّه أولا على إمضاء يتوقع).

واحترز بعبارة وقف بتّه عن بيع البت، وهو ما ليس فيه خيار.

كما ذكروا أن قيد (أولا) لإخراج خيار العيب ونحوه (خيارات النقيصة) لأن أمثال هذا الخيار لم تتوقف أولا، بل آل أمرها إلى الخيار، أي لأن التخيير فيها يثبت فيما بعد، حين ظهور العيب.[١]

٣ ـ ولخيار الشرط أسماء أخرى دعاه بها بعض المصنفين، منها :

أ ـ الخيار الشرطي (بالوصفية لا بالإضافة) والسبب في هذه التسمية ظاهر، والغرض من وصفه بالشرطي تمييزه عن الخيار (الحكمي) الذي يثبت بحكم الشرع دون الحاجة إلى اشتراط، كخيار العيب.

وهذه التسمية متداولة كثيرا عند المالكية.[٢]

ب ـ خيار التروّي، لأنه شرع للتروي وهو النظر والتفكر في الأمر والتبصر فيه قبل إبرامه . وهذه التسمية يستعملها الشافعية أكثر من غيرهم.[٣]

ج ـ بيع الخيار، وهذا الاسم واقع على العقد

---

(١) لسان العرب مادة: «خير»، والمصباح أيضا.

(٢) معجم مقاييس اللغة ٣/ ٢٦٠، لسان العرب مادة: «شرط».

(٣) رد المحتار ٤/ ٤٧

---

(١) حدود ابن عرفة، شرح ابن سودة على تحفة ابن عاصم ١/ ٢٣٠، وشرح الزرقاني لمختصر خليل ٤/ ١١٩

(٢) حاشية الدسوقي ٣/ ٩١

(٣) نهاية المحتاج ٤/ ٣

الذي اقترن بخيار الشرط، ويعبر به أصحاب المذاهب كلهم وبخاصة المالكية.[1]

(١) بداية المجتهد ٢ / ١٧٤.

مشروعيته :

٤ - ذهب جمهور الفقهاء إلى الأخذ بخيار الشرط واعتباره مشروعا لا ينافي العقد.

واستدلوا بالسنة والإجماع.

فأما السنة: فاستدلوا بما رواه الدارقطني عن محمد بن إسحاق، قال: أخبرنا نافع، أن عبدالله بن عمر حدثه أن رجلا من الأنصار كان بلسانه لوثة، وكان لا يزال يغبن في البيوع، فأتى رسول الله ﷺ فذكر ذلك له، فقال: «إذا بعت فقل: لا خلابة» مرتين.

وقال محمد بن إسحاق: وحدثني محمد بن يحيى بن حبان قال: هو جدي منقذ بن عمرو، وكان رجلا قد أصابته آمة في رأسه، فكسرت لسانه ونازعته عقله، وكان لا يدع التجارة ولا يزال يغبن، فأتى رسول الله ﷺ فذكر له ذلك، فقال: «إذا بعت فقل: لا خلابة، ثم أنت في كل سلعة تبتاعها بالخيار ثلاث ليال، فإن رضيت فأمسك، وإن سخطت فارددها على صاحبها». وقد كان عمّر طويلا، عاش ثلاثين ومائة سنة، وكان في زمن عثمان بن عفان رضي الله عنه حين فشا الناس وكثروا، يتبايع البيع في السوق ويرجع به إلى أهله وقد غبن غبنا قبيحا، فيلومونه ويقولون: لم تبتاع؟ فيقول: أنا بالخيار إن رضيت أخذت، وإن سخطت رددت، قد كان رسول الله ﷺ جعلني بالخيار ثلاثا، فيرد السلعة على صاحبها من الغد وبعد الغد فيقول: والله لا أقبلها، قد أخذت سلعتي وأعطيتني دراهم، قال يقول: إن رسول الله ﷺ قد جعلني بالخيار ثلاثا. فكان يمر الرجل من أصحاب رسول الله ﷺ فيقول للتاجر: ويحك إنه قد صدق، إن رسول الله ﷺ قد كان جعله بالخيار ثلاثا.[1]

واحتج بعضهم بإحدى روايات حديث «المتبايعان كل منهما بالخيار على صاحبه ما لم يتفرقا» التي فيها قوله عليه الصلاة والسلام: «إلا بيع الخيار» وفي رواية: «إلا صفقة خيار».[2] فحمل هؤلاء ذلك الاستثناء على حالة اشتراط الخيار، وقالوا في معناه: هو خيار كل من المتعاقدين في الإقدام على العقد، أو

(١) حديث: ابن عمر «إذا بعت فقل لا خلابة...» أخرجه الدارقطني (٣ / ٥٦ - ط دار المحاسن) مطولا وإسناده حسن. وأخرج البخاري (الفتح ٤ / ٣٣٧ - ط السلفية) ذكر أمر النبي ﷺ للرجل أن يقول: لا خلابة.

(٢) «المتبايعان بالخيار» أخرجه البخاري (الفتح ٤ / ٣٢٨ - ط السلفية) من حديث عبدالله بن عمر، وفي رواية «إلا بيع الخيار» ومسلم (٣ / ١١٦٣ - ط الحلبي). وأخرجه الترمذي (٣ / ٥٤١ - ط الحلبي) من حديث عبدالله بن عمرو، وفي رواية «إلا أن تكون صفقة خيار».

الإجماع عنه قبل التفرق، فيمكن أن يمتد، فيكون له الخيار أطول من ثلاث لمدة إذا كان البيع مشترطا فيه خيار.[1]

وأما الإجماع: فيستدل به لجواز الشرط كثيرون. قال النووي: «وقد نقلوا فيه الإجماع» وقال في موضع آخر: «وهو جائز بالإجماع». لكنه نبه في موضع ثالث إلى أن صحته المجمع عليها هي فيما إذا كانت مدته معلومة.

وقال ابن الهمام: «وشرط الخيار مجمع عليه».[2]

صيغة الخيار:

٥ - لا يتطلب ثبوت الخيار التعبير بصيغة معينة. فكما يحصل بلفظ اشتراط (الخيار) يحصل بكل لفظ يدل على ذلك المراد، مثل لفظ (الرضا) أو (المشيئة) بل يثبت ولو لم يتضمن الكلام لفظ الخيار أو ما هو بمعناه، فيما إذا ورد عند التعاقد أو بعده ما هو كناية عن الخيار، كما يؤخذ من الفتاوى الهندية حيث جاء فيها: «وإذا باع من آخر ثوبا بعشرة دراهم، ثم إن البائع قال للمشتري: لي عليك الثوب أو عشرة دراهم (وقبل المشتري ذلك) قال محمد: هذا بمنزلة خيار، كذا في المحيط. وذكر ابن سماعة نقلا عن محمد رحمه الله في رجل اشترى من رجل شيئا فقال البائع: خذه وانظر إليه اليوم فإن رضيته أخذته بكذا، فهو خيار. ونقل عن الذخيرة مثل هذه الاعتبارات ونحوها: هو بيع لك إن شئت اليوم».

ومن ذلك اشتراط الخيار في الثمن أو المبيع بدلا عن اشتراطه في العقد، فيكون بمثابة اشتراطه فيه، فقد نصوا على أنه لو قال المشتري: على أني بالخيار في الثمن أو في المبيع فهو كقوله: على أني بالخيار (في العقد).

ومن ذلك: التواطؤ على ألفاظ أو تعابير بأنه يثبت بها الخيار، سواء كان ارتباط هذه التعابير بثبوت الخيار منبعثا عن الاستعمال الشرعي مباشرة أو العرف. فمما اعتبر من الألفاظ المتواطأ على أنها يراد بها الخيار، تبعا للاستعمال الشرعي، عبارة «لا خلابة» شريطة علم العاقدين بمعناها.[1]

قال النووي: اشتهر في الشرع أن قوله: «لا خلابة» عبارة عن اشتراط الخيار ثلاثة أيام. فإذا أطلق المتعاقدان هذه اللفظة، وهما عالمان بمعناها كان كالتصريح بالاشتراط، وإن كانا جاهلين لم يثبت الخيار قطعا، فإن علمه البائع دون المشتري فوجهان مشهوران، حكاهما

---

(١) الفواكه الدواني ٢/ ١٢٤ والدرر البهية للشوكاني وشرح صديق حسن خان ٢/ ١٢٣

(٢) فتح القدير شرح الهداية ٥/ ١١١، والمجموع شرح المهذب للنووي ٩/ ١٩٠ و ٢٢٥

(١) الفتاوى الهندية ٣/ ٣٩ - ٤٠

المتولي وابن القطان وآخرون (أصحهما) لا يثبت، (والوجه الثاني) يثبت، وهذا شاذ ضعيف، بل غلط، لأن معظم الناس لا يعرفون ذلك والمشتري غير عارف به.[1]

ومن ذلك العقد مع شرط الاستئمار خلال وقت محدد، كما لو قال: بعتك على أن أستأمر فلانا، وحدد لذلك وقتا معلوما، فهو خيار صحيح لدى الحنابلة. وقالوا: إن له الفسخ قبل أن يستأمره لأنا جعلنا ذلك كناية عن الخيار، واختلف الشافعية في جواز الفسخ قبل الاستئمار، والأصح عندهم أنه ليس له ذلك قبل أن يستأمره.[2]

هذا إذا ضبط شرط الاستئمار بمدة معلومة، أما إذا لم يضبط، فالشافعية يرون في الأصح أنه غير سائغ. أما الحنابلة فحكمه عندهم حكم الخيار المجهول، لا يصح على الراجح.[3]

وذهب المالكية إلى أن العادة تقوم مقام التصريح بالخيار. قال الزرقاني من المالكية: «ولو جرت العادة باشتراطه (أي خيار الشرط) كان خيارا، لأنها ـ أي العادة ـ كالشرط صراحة». فإذا تعارف الناس على ثبوت الخيار في بيع سلعة من السلع ثبت الخيار فيها بلا شرط.[1]

ومن المقرر أن الأخرس تقوم إشارته مقام الصيغة، فإن لم تفهم إشارته أو جن أو أغمي عليه، قام وليه من أب أو وصي أو حاكم مقامه.[2]

شرائط قيام الخيار:

٦ ـ لا يقوم خيار الشرط بمجرد حدوث الاشتراط في العقد، بل لابد من وجود الشرائط الشرعية له. فإذا اكتملت تلك الشرائط غدا خيار الشرط قائما مرعي الاعتبار، وإذا اختل شيء منها اعتبر العقد لازما بالرغم من اشتراط الخيار في العقد. غير أن تلك الشرائط ليست موضع اتفاق بين المذاهب، فهي متفاوتة العدد بين مذهب وآخر، وفيما يأتي بيانها:

أولا: شريطة المقارنة للعقد:

٧ ـ المراد من المقارنة للعقد أن يحصل اشتراط الخيار مع انعقاد العقد أو لاحقا به، لا أن يسبق الاشتراط العقد. فلا يصح اشتراط الخيار قبل إجراء العقد، إذ الخيار كالصفة للعقد فلا يذكر قبل الموصوف. وبيان الصورة المحترز منها

---

(١) البحر الرائق ٦/ ١٠، والمجموع شرح المهذب ٩/ ١٩٢

(٢) المغني لابن قدامة ٣/ ٥٢٦ والشرح الكبير على المقنع ٤/ ١٠٢ والمجموع شرح المهذب ٩/ ٢١٠ و٢١٢ ـ ٢١٣

(٣) المغني ٣/ ٥٢٦ والمجموع ٩/ ٢١٢

(١) حاشية العراقي على ابن سودة شرح منظومة الأحكام ١/ ٣٥ والمدخل إلى الفقه الإسلامي للدكتور مصطفى شلبي ١٢٦

(٢) المغني ٣/ ٥٠٧

ما جاء في الفتاوى الهندية[1] عن العناية أنه «لو قال: جعلتك بالخيار في البيع الذي نعقده، ثم اشتراه مطلقا لم يثبت الخيار في البيع عند أبي حنيفة».

ويعتبر بمنزلة المقارنة للعقد ما لو ألحق اشتراط الخيار بالعقد بعدئذ، بتراضي المتعاقدين، فذلك في حكم حصوله في أثناء العقد أو بمجلس العقد عند الملتزمين بمجلس العقد.[2]

ذهب إلى تلك التسوية بين المقارنة والإلحاق الحنفية. ومن مستندهم القياس لهذا على ما في النكاح من جواز الاتفاق بعد العقد على ما يتصل به، كالزيادة في المهر أو الحط منه، ودليل هذا الحكم المقيس عليه قول الله عز وجل: ﴿ولا جناح عليكم فيما تراضيتم به من بعد الفريضة﴾.[3] قال ابن الهمام:[4] يجوز إلحاق خيار الشرط بالبيع، لو قال أحدهما بعد البيع ولو بأيام: جعلتك بالخيار ثلاثة أيام صح بالإجماع - أي إجماع أئمة الحنفية - ثم ذكر أن إلحاق الخيار بعد العقد جار مجرى إدخاله في العقد تماما من حيث نوع الخيار المشروط ومدته وبقية أحكامه.[5]

وذهب الشافعية والحنابلة إلى أنه لا يلحق خيار الشرط بالعقد بعده، بل لابد من وقوعه في صلب العقد، أو في مجلسه. واستدل ابن قدامة لمذهب الحنابلة المانع من تأخر الخيار عن العقد بأن العقد بعد انتهاء المجلس أصبح لازما، فلم يصر جائزا بقول المتعاقدين.[1] وذكر ابن تيمية أن من أصول الشافعي وأحمد أن إلحاق الزيادة (في الأجرة) والشروط بالعقود اللازمة لا يصح.

وبين هذين الاتجاهين مذهب ثالث اشترك مع المذهب الأول في النتيجة واختلف عنه في تحديد طبيعة هذا التصرف، فقد أجاز المالكية إلحاق الخيار بالعقد بعد أن وقع على البتات، سواء كان إلحاقه من أحدهما أو من كليهما، فيصح الاشتراط اللاحق، ويلزم من التزمه بعد صدور العقد خاليا منه، لكنه - وهذا هو الفارق عن المذهب الأول - بمثابة بيع مؤتنف، بمنزلة بيع المشتري لها من غير البائع.. صار فيه المشتري بائعا.. كما ذكر المالكية أنه لو جعل البائع الخيار للمشتري، بناء على المذهب من أن اللاحق للعقود ليس كالواقع فيها، فما أصاب السلعة في أيام الخيار فهو من المشتري. وأشار خليل وشراحه إلى أن القول بجواز إلحاق الخيار إنما هو بعد انتقاد البائع الثمن، أما إلحاقه قبل انتقاده فلا يستويه في الجواز لما في الحالة

---

(١) الفتاوى الهندية ٣/ ٤٠، والمجموع للنووي ٩/ ١٩٤
(٢) رد المحتار ٤/ ٤٤، المادة ٣٩ من مجلة الأحكام العدلية.
(٣) سورة النساء/ ٢٤
(٤) فتح القدير ٥/ ١٩٨
(٥) الفتاوى الهندية ٣/ ٣٩ نقلا عن المحيط، أيضا.

(١) المغني ٣/ ٤٩٤م ٢٧٧٦

الثلاثية من (فسخ دين في دين) وأصل ابن القاسم منعه.

وقد ذكروا في خلال مناقشة هذين القولين وجهاً متفقاً عليه هو أن جعل الخيار لأحد العاقدين ليس عقداً حقيقة؛ إذ المقصود منه تطييب نفس من جعل له الخيار لا حقيقة البيع. قال الخرشي والدسوقي: لكن المرجح الأول وهو المعتمد، أي اقتصار الجواز على ما لو نقد الثمن، وإن كان ظاهر المدونة التسوية بينهما.[1]

ثانياً: شريطة التوقيت أو معلومية المدة:

٨ ـ ذهب جمهور الفقهاء إلى أنه لابد من تقييد الخيار بمدة معلومة مضبوطة من الزيادة والنقصان، فلا يصح اشتراط خيار غير مؤقت أصلاً، وهو من الشروط المفسدة عند الجمهور، ويأتي الكلام فيه بالتفصيل.

قال الكاساني: والأصل فيه أن شرط الخيار يمنع انعقاد العقد في حق الحكم للحال، فكان شرطاً مغيراً مقتضى العقد، وأنه مفسد للعقد في الأصل، وهو القياس، إلا أنا عرفنا جوازه استحساناً (بخلاف القياس) بالنص، فبقي ما وراءه المنصوص عليه على أصل القياس.[1]

والحكمة في توقيت المدة أن لا يكون الخيار سبباً من أسباب الجهالة الفاحشة التي تؤدي إلى التنازع، وهو مما تتحاماه الشريعة في أحكامها.

٩ ـ وللمدة الجائزة ذكروا حدّان: حد أدنى، وحد أقصى.

أما الحد الأدنى فلا توقيت له، وليس له قدر محدود بحيث لا يقل عنه فيجوز مهما قل، لأن جواز الأكثر يدل بالأولوية على جواز الأقل، ومن هنا نص بعض الحنفية وغيرهم على أنه يجوز ولو لحظة.

قال الكاساني: (وأقل مدة الخيار ليس بمقدر). وبنحوه نصوص غير الحنفية من غير خلاف يعرف.[2]

وأما الحد الأقصى للمدة الجائزة فقد اختلفت فيه المذاهب اختلافاً كثيراً يمكن حصره في الاتجاهات الفقهية التالية: التفويض للمتعاقدين مطلقاً ـ التفويض فيما في حدود المعتاد ـ التحديد بثلاثة أيام.

---

(١) الدسوقي ٣/ ٩٣، ٩٤، ١٢٧ نقلاً عن المدونة بالمعنى، ونص ما في المدونة: بمنزلة بيعه إياه بالثمن من غيره (٤/ ١٧٧)، والخرشي على خليل ٤/ ٢١

(١) جاء في المدونة: (أرأيت لو أني بعت ـ أو اشتريت ـ من رجل سلعة، فلقيته بعد يوم أو يومين، فجعلت له الخيار ـ أو لي الخيار ـ أيلزم هذا الخيار أم لا؟ قال: نعم) ٤/ ١٧٧

(٢) بدائع الصنائع ٥/ ١٦٣، والمجموع ٩/ ١٩٠

الاتجاه الأول ـ التفويض للمتعاقدين مطلقاً:

١٠ ـ مقتضى هذا الاتجاه جواز اتفاق المتعاقدين في خيار الشرط على أي مدة مهما طالت. وهو مذهب أحمد، ومحمد بن الحسن وأبي يوسف، وابن أبي ليلى، وابن شبرمة، والثوري، وابن المنذر، وإسحاق بن راهويه، وأبي ثور، وعبيد الله بن الحسن العنبري، لكنه قال: لا يعجبني الطويل.[1]

فعند هؤلاء الفقهاء تجوز الزيادة عن ثلاثة أيام، لما في النصوص المثبتة للخيار من الإطلاق وعدم التفصيل، ولأن الخيار حق يعتمد الشرط من العاقد فرجع إليه في تقديره. أو يقال: هو مدة ملحقة بالعقد فتقديرها إلى المتعاقدين.

وهناك صورة نادرة تشبه ما سبق في الحد الأدنى للمدة لكنها تستحق الإشارة إليها، لما في بحثها من تقييد الخيار بأن لا ينافي العقد ويفقده غايته. تلك الصورة ما لو شرط المتعاقدان مدة طويلة خارجة عن العادة كألف سنة، ومائة سنة، فقد استوجه صاحب غاية المنتهى أن لا يصح لإفضائه ـ على هذه الصيغة ونحوها ـ إلى المنع من التصرف في الثمن والمثمن، وهذا المنع مناف للعقد الذي جعله الشارع إرفاقاً للمتعاقدين، وقد وافقه الشارح على ذلك.[1]

الاتجاه الثاني ـ التفويض للمتعاقدين في حدود المعتاد:

١١ ـ وهذا مذهب مالك وحده. فيتحدد أقصى مدة الخيار الجائزة بقدر الحاجة، نظراً لاختلاف المبيعات، فللعاقد تعيين المدة التي يشاء على أن لا يجاوز الحد المعتاد في كل نوع.[2]

قال ابن رشد: وأما عمدة أصحاب مالك فهو أن المفهوم من الخيار هو اختبار المبيع، وإذا كان ذلك كذلك وجب أن يكون ذلك محدوداً بزمان إمكان اختبار المبيع، وذلك يختلف بحسب كل مبيع.[3]

وبما أن لهذا الاتجاه الفقهي تقديرات عديدة بحسب الحاجات المعقود عليها فقد جرى تصنيفها لدى المالكية إلى زمر:

---

(١) المجموع ٩/ ١٩٠، واختلاف أبي حنيفة وابن أبي ليلى ص١٦، الأصل للإمام محمد تحقيق شحاتة ص٢و٣، المبسوط ١٣/ ٤١، مختصر الطحاوي ٧٥، البحر الرائق ٦/ ٥، الفتاوى الهندية ٣/ ٣٨، المقنع ٦/ ٣٥، المغني ٣/ ٤٩٨ م٢٧٧٩، مطالب أولي النهى ٣/ ٨٩، الفروع ٤/ ٨٣، منتهى الإرادات ١/ ٣٥٧

(١) مطالب أولي النهى شرح غاية المنتهى وحاشيته ٣/ ٨٩

(٢) الشرح الكبير على خليل وحاشية الدسوقي ٣/ ٩٥، والخرشي على خليل، وحاشية العدوي ٥/ ١٠٩، والحطاب على خليل، ٤/ ٤١٦، والقوانين الفقهية ص٢٦٣، ولباب اللباب لابن راشد، وبداية المجتهد لابن رشد ٢/ ٢٠٩

(٣) بداية المجتهد ٢/ ٢١٠

العقار :

١٢ - وأقصى مدته شهر، وما ألحق به هو ستة أيام، فأقصى المدة التي يجوز مد الخيار إليها في العقار (٣٦) يوما. وهناك اليومان الملحقان بزمن الخيار وهما للتمكين من رد المبيع إذا كان حين انتهاء المدة (الشهر والأيام الستة) بيد المشتري وهو يريد الفسخ، والحكم عند المالكية أن يلزم المبيع على من هو بيده عند انتهاء المدة دون فرق بين أن يكون الخيار له أو للعاقد الآخر. فاليومان الملحقان هما لهذا الغرض (دفع اللزوم عن المشتري دون إرادته). أما زمن الخيار للعقار فهو شهر وستة أيام.

الدواب :

١٣ - وتختلف المدة فيها بحسب المقصود من الخيار فيها، فإن كان الخيار لمعرفة قوتها وأكلها وسعرها فأقصى مدته ثلاثة أيام. وإن كان خيار الشرط متضمنا أنها للاختبار في البلد نفسه فالمدة يوم واحد وشبهه، أما إن كان خارجه فأقصى المدة بريد[1] عند ابن القاسم، وبريدان عند أشهب. وقد ألحق بالثلاثة الأيام يوم واحد لتمكين المشتري من رد المبيع، كما سبق.[2]

بقية الأشياء :

١٤ - وتشمل : الثياب، والعروض، والمثليات، وأقصى المدة لها ثلاثة أيام ويلحق بها يوم. وقد أطلق الخرشي لفظ (المثليات) على كل ما عدا (الرقيق والعقار والدواب) وبالرغم من شمول المثليات للخضر والفواكه إلا أن لهذين الصنفين حكما خاصا بهما من حيث المدة نظرا لطبيعتها الخاصة من تسارع التلف إليهما، فالخضر والفواكه بخاصة أمد الخيار فيها بقدر الحاجة، أو بعبارة أخرى المدة التي لا تتغير فيها.[1]

الاتجاه الثالث - التحديد بثلاثة أيام :

١٥ - وهذا التحديد بثلاثة أيام بلياليها مهما كان المعقود عليه، مع المنع من مجاوزتها. وهو مذهب أبي حنيفة وصاحبه زفر، والشافعي في الوجه المشهور عنه.[2]

وقد احتج لهذا التحديد بما جاء في حديث حبان بن منقذ السابق ذكره لإثبات الخيار فيه على ثلاثة أيام.[3]

والبيان الدقيق لمستند أبي حنيفة في تحديد الثلاثة الأيام هو ما ذكره صاحبه أبو يوسف، فقد

---

(١) البريد: سير نصف يوم بالسير المعتاد.

(٢) الدسوقي ٣/ ٩٣

(١) الشرح الكبير على خليل وحاشية الدسوقي عليه ٣/ ٩٣ - ٩٥، الخرشي على خليل بحاشية العدوي ٤/ ١٩ - ٢١

(٢) البدائع ٥/ ١٧٤، والبحر الرائق ٦/ ١٠، ورد المحتار ٤/ ٥٦٨، والفتاوى الهندية ٣/ ٣٨، والمبسوط ١٣/ ٤١، وفتح القدير ٥/ ١١٦، والمجموع ٩/ ١٩٠، ونهاية المحتاج ٤/ ١٧

(٣) الحديث تقدم تخريجه ف ٤

قال في بيان مذهب الإمام: (لا يكون الخيار فوق ثلاثة أيام، بلغنا عن رسول الله ﷺ أنه كان يقول: «من اشترى شاة محفلة[1] فهو بخير النظرين ثلاثة أيام: إن شاء ردها ورد معها صاعا من تمر أو صاعا من شعير». [2] فجعل أبو حنيفة الخيار كله على قول رسول الله ﷺ. وكان ابن أبي ليلى يقول: (الخيار جائز شهرا كان أو سنة وبه نأخذ). [3] ونحوه مستند الشافعي: كما رواه البيهقي في معرفة السنن قال الشافعي: الأصل في البيع بالخيار أن يكون فاسدا، ولكن لما شرط رسول الله ﷺ في المصراة خيار ثلاث في البيع، وروي عنه أنه جعل لحبان بن منقذ خيار ثلاث فيما ابتاع، انتهينا إلى ما قال ﷺ. [4]

كما احتجوا له من المعقول بأن الخيار مناف لمقتضى العقد وقد جاز للحاجة، فيقتصر على القليل منه، وآخر القلة ثلاث، واحتج بمثل ذلك النووي بعدما أشار إلى حديث حبان. [1]

الزيادة على الثلاث:

١٦ ـ إذا زادت مدة خيار الشرط على ثلاثة أيام بلياليها لدى هذا الفريق من الفقهاء القائل بالتحديد بها، فالعقد فاسد عند أبي حنيفة وزفر، وباطل عند الشافعي، ذهابا منه إلى أن إسقاط الزيادة لا يصحح العقد بعد مفارقة المجلس فقط، بل في المجلس أيضا على المشهور، لأن المجلس ثبت لعقد صحيح، لا لفاسد، لوقوعه على وجه لا يثبت دائما.

غير أن أبا حنيفة وحده ذهب إلى أن إسقاط شرط الخيار الزائد عن الثلاث ـ أو إسقاط الزيادة ـ يصحح العقد. ولو حصل ذلك الإسقاط بعد مفارقة مجلس العقد، وذلك ما لم تمض الأيام الثلاثة. وخالفه صاحبه زفر فذهب إلى أن إسقاط الزائد لا يصحح العقد لأن

---

(١) المراد بالمحفلة، وهي المصراة وهي الشاة التي لم تحلب أياما، ليجتمع اللبن في ضرعها للبيع. مختار الصحاح.

(٢) حديث: «من اشترى شاة محفلة ...» أخرجه مسلم (٣/ ١١٥٨ ط الحلبي) من حديث أبي هريرة. بلفظ «من اشترى شاة مصراة، فهو فيها بالخيار ثلاثة أيام، إن شاء أمسكها، وإن شاء ردها، ورد معها صاعا من تمر».

(٣) اختلاف أبي حنيفة وابن أبي ليلى، لأبي يوسف ١٦، جامع الفصولين ١/ ٣٢٩

(٤) نصب الراية ٤/ ٦ نقلا عن معرفة السنن للبيهقي، ولم يدع ابن حزم فرصة التنديد بأبي حنيفة لأنه احتج بحديث المصراة في التحديد بالثلاث ثم لم يأخذ بخيار المصراة (أحكام الأحكام ٣/ ٩٩)

---

(١) المجموع ٩/ ١٩٠ وقد جاء في البدائع ٥/ ١٧٤ مناقشة مبنية على خلاف أبي حنيفة وصاحبيه في جواز الزيادة على الثلاث اعتمد فيها على النص في الحديث على الثلاث كما أطال ابن الهمام في الفتح ٥/ ٥٠٠ في الاستدلال للتحديد بالثلاث بما مفاده أن الخيار شرع ملحقا بالثلاث بالنص حديث حبان وقد سبق ما فيه

انقضاء على حسب الثوب.[١]

وذهب المالكية إلى أن من الصور المفسدة:

- اشتراط مشورة من لا يعلم ما عنده إلا بعد فراغ المدة بأمد. كما لو اشترط الخيار في العقار مثلاً أربعين يوماً مع أن المدة المحددة للعقار أقصاها ثمانية وثلاثون يوماً

- اشتراط مدة زائدة على مدة تلك السلعة بكثير، أما لو بزيادة يوم أو بعضه فلا يضر.[٢]

الخيار المطلق:

١٧ - في الخيار المطلق عن المدة تتجه المذاهب إلى أربعة اتجاهات: بطلان العقد أو فساده - بطلان الشرط دون العقد - صحة العقد وتعديل الشرط - صحة العقد وبقاء الشرط بحاله.

أ - بطلان العقد أو فساده: فالبطلان هو ما ذهب إليه من الفقهاء الشافعية والحنابلة - في إحدى الروايتين - وذهب الحنفية إلى فساده ولم يفرقوا هنا بين الجهالة المتفاحشة أو المتقاربة كالحصاد مثلاً، كما ذكر الكاساني، ثم إن أبا حنيفة وصاحبيه ذهبوا إلى أن صاحب هذا الخيار المفسد لو أبطل خياره، أو مات، أو سقط بسبب ما يلزم البيع في الأيام الثلاثة التالية للعقد عند الصاحبين (خلافاً لأبي حنيفة المشترط حصول ذلك قبل مضي الأيام الثلاثة) انقلب العقد صحيحاً عند الجميع - بل لو بعد الثلاثة عند الصاحبين - لحذف المفسد قبل اتصاله بالعقد لأنهما يجيزان الزيادة عن الثلاثة.[١]

ب - بطلان الشرط دون العقد، وهو رواية لأحمد ومذهب ابن أبي ليلى.

ج - صحة العقد وتعديل الشرط. فالخيار المطلق أو المؤبد هنا يخول القاضي تحديد المدة المألوفة في العادة لاختبار مثل السلعة التي هي محل العقد، لأن الخيار مقيد في العادة، فإذا أطلقا حمل عليه. وهذا مذهب مالك.[٢]

وقد اختار ابن تيمية أن العاقدين إن أطلقا الخيار ولم يوقتاه بمدة توجه أن يثبت ثلاثاً، لخبر حبان بن منقذ.[٣]

د - صحة العقد وبقاء الشرط بحاله: فيبقى الخيار مطلقاً أبداً كما شاء حتى يصدر

---

(١) بدائع الصنائع ٥/ ١٧٨، وفتح القدير ٥/ ٥٠٠ - ٥٠١، والمجموع شرح المهذب ٩/ ١٩٠ و١٩١، والفتاوى الهندية ٣/ ٣٩، والبدائع ٥/ ٢٠٠، والبحر الرائق ٦/ ٦، والمبسوط ١٣/ ٦٤، المحيط البرهاني مخطوط ورقة ١٦٥.

(٢) الشرح الكبير للدردير وحاشية الدسوقي ٣/ ٩٤ - ٩٥، والخرشي ٤/ ٢٦.

---

(١) بدائع الصنائع ٥/ ١٧١ و١٧٨، والفتاوى الهندية ٣/ ٣٨ - ٣٩، والمجموع ٩/ ١٩١، والمغني لابن قدامة ٣/ ٥٢٧، والمقنع ٢/ ٣٥.

(٢) القبس ٢/ ٨٦٠.

(٣) الاختيارات، لعلاء الدين البعلي ص ٧١.

ما يسقطه. وهذا مذهب ابن شبرمة، وقول لأحمد.[1]

تأبيد الخيار :

١٨ ـ من الشروط المفسدة: شرط خيار مؤبد في البيع بأن قال (أبدا) أو (أياما).[2]

التوقيت بوقت مجهول :

١٩ ـ من الشروط المفسدة: شرط خيار مؤقت بوقت مجهول سواء كانت جهالة متفاحشة، كهبوب الرياح، ومجيء المطر، وقدوم فلان، وموت فلان، ووضع الحامل ونحوه. أو جهالة متقاربة، كالحصاد والدياس، وقدوم الحاج.[3]

ثالثا ـ شريطة الاتصال، والموالاة

٢٠ ـ المراد بالاتصال أن تبدأ مدة الخيار من فور إبرام العقد، أي لا يتصور أن تتراخى عنه، فلو شرط المتعاقدان الخيار ثلاثة أيام مثلا من آخر الشهر، أو تبدأ من الغد، أو تبدأ متى شاء .. أو

(١) المغني ٣/ ٥١٢، والفتح ٥/ ٣٥

(٢) البدائع ٥/ ١٧٤ و١٧٥، الفتاوى الهندية ٣/ ٣٨، البحر الرائق ٦/ ٥

(٣) البدائع ٥/ ١٧٤، الخرشي على خليل ٤/ ٢١ وقال: يستمر العقد لو أسقط الشرط، الدسوقي على الشرح الكبير ٣/ ٩٤، شرح الروض لزكريا الأنصاري ٢/ ٥٠، والبحر ٦/ ٥ نقلا عن التتارخانية.

شرطا خيار الغد دون اليوم، فسد العقد لمنافاته لمقتضاه، والمراد بالمقتضى هنا: حصول آثاره مباشرة. هذا ما ذهب إليه الحنفية والشافعية والحنابلة، قال النووي: (ويشترط أن تكون المدة متصلة بالعقد، لا يجوز أن يشترط خيارا متراخيا عن العقد)[1] لكن الحنفية لا يبطلون هذا العقد لأنه يمكن تصحيحه نظرا لذهابهم إلى التفرقة بين البطلان والفساد، والفاسد من العقود منعقد ويحتمل بعضه التصحيح، وسبيل ذلك هنا اعتبار المدة الفاصلة بين العقد وبين مبدأ المدة المحددة مشمولة بالشرط. فقد ذكروا أن اشتراط خيار أيام غير متصلة بالعقد، مثل ما لو كان العقد في آخر رمضان واشترط خيار يومين بعد رمضان فهو جائز، وله ثلاثة أيام (اليوم الأخير من رمضان واليومان بعده). وهكذا يحمل كلامه على إرادة المدة المتصلة وما بعدها. أما إذا كان الاشتراط غير قابل للحمل على ذلك فهو عقد فاسد مستحق للفسخ بإرادة كل من المتعاقدين وبإرادة القاضي، ومثاله في الصورة السابقة ـ عند الشافعية ـ ما لو ذكر أنه لا خيار له في رمضان، وله كذا يوما مما بعده فالعقد فاسد.[2]

(١) المجموع للنووي ٩/ ١٩١، والبدائع ٥/ ٣٠٠، والمغني ٣/ ٥٠٢

(٢) الفتاوى الهندية ٣/ ٣٩ نقلا عن فتاوى قاضيخان ٢/ ١٨٣، والبحر الرائق ٦/ ٥

٢١ ـ ويتبع شريطة الاتصال شريطة أخرى يمكن تسميتها «الموالاة» لأن المراد بها: تتابع أجزاء مدة الخيار. فلو شرطا الخيار لمدة ثلاثة أيام على أنه يوما يثبت ويوما لا يثبت ففيه عند الحنابلة وجهان:

أحدهما ـ وهو اختيار أبي الوفاء بن عقيل ـ: الصحة في اليوم الأول، لإمكانه، والبطلان فيما بعده، لأن العقد إذا لزم في اليوم الثاني لم يعد إلى عدم اللزوم.

والوجه الآخر: (احتمال) بطلان الشرط كله، لأنه شرط واحد تناول الخيار في أيام، فإذا فسد في بعضه فسد جميعه.[1]

رابعا ـ تعيين مستحق الخيار:

٢٢ ـ مستحق الخيار أو صاحب الخيار: هو ذلك الشخص الذي يكون إليه استعمال الخيار وممارسته سواء كان هو مشترطه أو خوّل إليه من العاقد الآخر، وسواء أكان طرفا في العقد أم كان أجنبيا عنه، ولا يصح تطرق الجهالة إلى مستحق الخيار، فلو اتفق العاقدان على أن الخيار لأحدهما لا بعينه، ولم يبينا هل هو البائع أم المشتري، أو تعاقدا على أن يكون الخيار لشخص ما بعينه أحدهما فيما بعد، أو لمن يشاء أحدهما، فهذا كله فيه جهالة مفضية للنزاع.

(١) المغني ٣/ ٥٢٨

ولذا صرح ابن قدامة بأنه لا يصح، لأنه مجهول ولأنه يفضي إلى التنازع. لذا كان لابد من تعيين مستحق الخيار تعيينا مشخصا أهو للبائع أو للمشتري، وكذلك تعيينه بالذات إن كان أجنبيا عن العقد، وعدم الاكتفاء بذكر الصفة (مثلا) كقوله: على أن يكون الخيار لأحد التجار أو الخبراء دون تحديد. وقال النووي: (لو يشرط الخيار لأحدهما دون الآخر ففي صحة البيع قولان، الأصح: الصحة.)[1]

ما يثبت فيه خيار الشرط:

٢٣ ـ خيار الشرط لا يثبت في غير العقود، والعقود التي يمكن فيها وقوع خيار الشرط هي العقود اللازمة القابلة للفسخ، لأن فائدته إنما تظهر فيها فقط. أما العقود غير اللازمة فهي بما تتصف به من طبيعة عدم اللزوم لا فائدة لاشتراط خيار فيها. وأما العقود التي لا تقبل الفسخ فيتعذر قيام الخيار فيها، لأنه يناقض طبيعتها.

والبيع هو المجال الأساسي لخيار الشرط، وجريان الخيار في البيع اتفاقي، لأنه هو العقد الذي وردت فيه أخبار مشروعيته، والبيع عقد لازم قابل للفسخ (بطريق الإقالة) فهو يقبل

(١) المغني ٣/ ٤٩٩ م ٢٧٨٠، والمجموع ٩/ ٢٠٧. وقال النووي: له شرط الخيار لأحدهما دون الآخر ففي صحة البيع قولان، الأصح الصحة.

الفسخ بخيار الشرط. بل يدخل الخيار في البيع الفاسد كما هو نص الهداية للمرغيناني، كما لا فرق بين كون البيع، بيع مساومة، أو بيع أمانة كالمرابحة وأخواتها.[1]

أما المستثنيات من البيع فهي: السلم، والصرف، وبيع الربوي بجنسه، وقد عبر عنها بعض الحنابلة بقوله: كل بيع تقبض عوضه شرط لصحة العقد.[2] وهي عقود يبطلها خيار الشرط إن لم يحصل إسقاطه في المجلس قبل التفرق.[3]

وقد نبه ابن عابدين على أن استثناء السلم والصرف علل بالضابط، وهو ثبوته في العقد اللازم المحتمل الفسخ، فهما أي السلم والصرف كذلك.[4]

وقد ذهب المالكية إلى جوازه في السلم إلى أجل قصير.[5] وتفصيل ذلك في (سلم)، (صرف).

ويجري خيار الشرط في الإجارة مطلقة عند الحنفية والمالكية، أما الشافعية والحنابلة فقيدوا الخيار بالإجارة التي في الذمة، أما الإجارة المعينة فيدخلها الخيار إذا كانت لمدة غير تالية للعقد. أما إن كانت لمدة تبدأ من فور العقد فلا يصح شرط الخيار فيها، لأنه يفضي إلى فوات بعض المنافع، أو إلى استيفائها في مدة الخيار، وكلاهما غير جائز، وفي وجه للحنابلة: تجوز في المدة التالية للعقد أيضا، فإن فسخ رجع بقيمة المنافع.[1]

والحوالة: اختلف في قبولها خيار الشرط على رأيين:

الأول: تقبله، وعليه الحنفية وهو احتمال للحنابلة - كما ذكر ابن قدامة - فيجوز عندهم اشتراط الخيار في الحوالة لكل من المحال، والمحال عليه - وهما اللذان يجب رضاهما في عقدها - أما المحيل - ورضاه غير واجب في الأصح - فليس له اشتراط الخيار أصالة أي باعتباره طرفا في العقد، أما إن اشترط له كما يشترط الأجنبي من قبل أحد العاقدين، بأن اشترطه له المحال أو المحال عليه فيجوز، ولكن تطبق أحكام الاشتراط لأجنبي، وهي ثبوته له على وجه النيابة فيكون له وللمشترط. وعلل ابن قدامة قبول الحوالة لخيار الشرط بأنها معاوضة يقصد بها العوض.

الثاني: عدم قبول الحوالة لخيار الشرط، وهو

---

(١) الهداية ٥/ ٣٦٧ بهامش الفتح

(٢) الفتح وحواشيه ٢/ ٣٥

(٣) البدائع ٥/ ٢٠١

(٤) حواشي ابن عابدين على البحر ٦/ ٤، البدائع ٥/ ٢٠١، المبسوط ١٤/ ٢٤، الفتح وحواشيه ٢/ ٣٥، المجموع ٩/ ١٩٦، المغني ٣/ ٥٣٦

(٥) التبصرة - ٦/ ٢٩، والمواق ٤/ ٤٢٢، والمقدمات لابن رشد ٢/ ١٩٠

(١) البدائع ٥/ ٢٠٦، والمجموع ٩/ ١٩٢، والمغني ٣/ ٥٣٦

مذهب الشافعية والحنابلة، لأن عقد الحوالة لم يبن على المغابنة. ولم نعثر للمالكية على رأي في هذه المسألة.[1]

وكذلك القسمة: اختلف الرأي فيها بحسب النظر إليها من هي بيع كما قال الحنفية أم هي تمييز حقوق كما يرى الشافعية والحنابلة وهو مفاد مذهب المالكية. ومن أثبت خيار الشرط فيها من الحنابلة احتج بأن خيار الشرط لم يشرع خاصا بالبيع، بل هو للتروي وتبين أرشد الأمرين، وهذا المعنى موجود في القسمة.

والقسمة أنواع: قسمة الأجناس المختلفة، وهي قسمة تراض لا إجبار فيها ـ وقسمة الجنس من المثليات، وهي تقبل الإجبار ولا يدخلها خيار الشرط ـ وقسمة الجنس الواحد من القيميات، كالبقر والغنم، أو الثياب من جنس واحد وهي تقبل الإجبار ويدخلها خيار الشرط على الصحيح المفتى به.[2]

والكفالة: يدخلها خيار الشرط عند الحنفية خلافا للمالكية والشافعية والحنابلة. وللكفالة خصيصة في باب خيار الشرط من حيث التوقيت إذ يجوز فيها أكثر من ثلاثة أيام عند أبي حنيفة

(١) البحر الرائق ٦/ ٢٧٢، ورد المحتار ٤/ ٤٨، والمهذب ١/ ٣٣٨، والمغني ٥/ ٥٤، والفتح وحواشيه ٢/ ٢٤

(٢) رد المحتار ٥/ ١٦٧، وجامع الفصولين ١/ ٣٤٣، وبلغة السالك ٢/ ٢٣٨، والمدونة ١٤/ ١٩٨، ومغني المحتاج ٤/ ٤٢١، والقواعد لابن رجب ٤٦٣

خلافا لمذهبه في اشتراط التحديد بالثلاث، لأن الكفالة عقد مبني على التوسع.[1]

والوقف: يجري فيه خيار الشرط عند أبي يوسف، فقد ذهب إلى أن الواقف إذا شرط في الوقف الخيار لنفسه مدة معلومة جاز الوقف والشرط، وأما عند محمد، فالوقف باطل، وشرط الخيار فاسد، وهو قول الشافعي وأحمد.[2]

وتفصيله في (وقف).

اشتراط الخيار للمتعاقدين:

٢٤ ـ من المقرر أن خيار الشرط يصح اشتراطه لأي واحد من المتعاقدين أو لكليهما (ففي البيع مثلا: للبائع والمشتري). وهو ما ذهب إليه جمهور الفقهاء، ولا يعرف في ذلك خلاف، إلا ما روي عن سفيان الثوري وابن شبرمة من أنه يختص بالمشتري، وليس للبائع أن يشترطه لنفسه، (ومقتضى هذا النقل عنهما أن مجال الخيار عندهما هو عقد البيع فقط) وعند هذين إذا اشترطه البائع فسد العقد.[3]

(١) المبسوط ١٧/ ١٩٩، المجموع ٩/ ١٩٧، كشاف القناع ٣/ ٢٠٣

(٢) رد المحتار ٣/ ٣٦٠، المغني ٣/ ٥٣٦، البحر الرائق ٦/ ٤، المجموع ٩/ ١٩٧، وكشاف القناع ٣/ ٢٠٣، الأشباه بحاشية الحموي ١/ ٣٢٨

(٣) المغني ٣/ ٥٨٤ ط ٤، فتح القدير ٥/ ٥٠٠، البحر الزخار ٣/ ٣٤٨، وفتح القدير ٥/ ٥٠٠

وفي اشتراطه للعاقدين أو أحدهما لا فرق أن ينشأ الاشتراط من العاقد لنفسه أو منه للعاقد الآخر، وهو أمر يحصل كثيراً، إذ يجعل البائع الخيار للمشتري، كما لو قال البائع: بعت لك ذا الشيء على أنك بالخيار، فإذا صدر القبول من المشتري كان الخيار له، ويثبت الخيار لمن شرط له وحده دون العاقد المشترط، إلا إذا شرطه لنفسه أيضا ورضي الآخر.[1]

اشتراط الخيار للأجنبي عن العقد:

٢٥ - يصح اشتراط الخيار لأجنبي عن العقد، سواء وقع الاشتراط من العاقدين أو من أحدهما، وسواء أكان الأجنبي المشترط له الخيار شخصا واحدا معينا من العاقدين كليهما أو كان عن كل منهما شخص غير من اشترطه الآخر، على ما نص عليه الشافعية، وهو غير محتاج إلى نص عن غيرهم، لأن دلائل الجواز تشمله.

وأصل هذا الحكم (صحة الاشتراط لأجنبي) موضع اتفاق بين الفقهاء، على أن يكون المجعول له الخيار ممن يجوز قوله - لا كالطفل غير المميز - وإلا بطل الخيار.[2]

ومستند هذا الحكم عند الحنفية الاستحسان، فهو على خلاف القياس، ولذا خالف فيه زفر مستدلا بأن الخيار من مواجب العقد وأحكامه، فلا يجوز عنده اشتراطه لغير العاقدين.

واستدل القائلون بالجواز بأن ثبوته بالاستحسان نسبي الحاجة إليه، لأن فيه مصلحة ظاهرة حين يكون المتعاقد قليل الخبرة بالأشياء ويخشى الوقوع في الغبن فيلجأ إلى من هو أبصر منه ويفوض إليه الخيار. وفضلا عن هذا أن ثبوت الخيار للأجنبي ليس أصالة بل هو بطريق النيابة عن العاقد الذي جعله له - على ما ذهب إليه الفقهاء - فيقدر الخيار للعاقد اقتضاء، ثم يجعل الأجنبي نائبا عنه، تصحيحا لتصرف العاقد.[1]

فإذا جعل الخيار لأجنبي، فما هي صفة هذا الجعل؟ وما أثره؟ للفقهاء في هذه المسألة وجهتان:

إحداهما: أنه يعتبر بمثابة توكيل لغيره يقتضي ثبوت الخيار لنفسه، فالخيار للعاقد والأجنبي معا. وهذا مذهب الحنفية والمالكية والحنابلة. بل إن الحنابلة جعلوا الخيار لهما أيضا فيما لو قصر العاقد الخيار على الأجنبي وقال: هو

---

(١) رد المحتار ٤/ ٤٨

(٢) فتح القدير ٥/ ٥١٦، والبدائع ٥/ ١٧٤، والمجموع ٩/ ١٩٦، وبداية المجتهد ٢/ ٢٤٢، ٤/ ٥٥١، ومغني المحتاج ٢/ ٤٦، ونهاية المحتاج ٤/ ٥، وحاشية الجمل على شرح المنهج ٢/ ١١٦

(١) البدائع ٥/ ١٧٤، وفتح القدير ٥/ ٥١٦ - ٥١٣، ورد المحتار ٤/ ٤٨

له دوني، وذهب أبو يعلى منهم إلى أنه حينئذ لا يصح.[1]

الوجهة الأخرى: أنه يثبت للأجنبي وحده، وهو الأصح عند الشافعية وقالوا: إن جعل الخيار للأجنبي تفويض - أو تحكيم - لا توكيل. وينظر تفصيله في كتب الشافعية.

شرط الاستئمار (أو المؤامرة[2]) أو المشورة:

٢٦ - مما يتصل بمعرفة صاحب الخيار قضية اشتراط مشورة فلان من الناس، أو استئماره: أي معرفة أمره وامتثاله، فذهب المالكية إلى أن لكل من المستأمر والمستأمر الاستقلال في الرد والإمضاء (بخلاف ما لو كان على خياره ورضاه، فلا استقلال له دون من شرط له)، وهذا في المشورة المطلقة، أما إذا قال على مشورته إن شاء أمضى وإن شاء رد فهذا بمنزلة الخيار.[3]

وللمالكية هاهنا تفصيل بحسب صيغة جعل الخيار للأجنبي، فهي إما أن تكون بلفظ المشورة، وإما أن تكون بلفظ الخيار أو الرضا.

فإذا قال: على مشورة فلان، فإن للعاقد - بائعا كان أو مشتريا - أن يستبد بإبرام العقد أو فسخه دون أن يفتقر ذلك إلى مشورته. لأنه لا يلزم من المشاورة الموافقة، ومشترط المشورة اشترط ما يقوى به نظره.

أما إذا قال: على خيار فلان أو رضاه، ففي ذلك أقوال أربعة، والمعتمد منها أنه تفويض فليس للعاقد - بائعا كان أو مشتريا - أن يستقل بإبرام العقد أو فسخه، ذلك أن اشتراط الخيار - أو الرضا - للأجنبي عندهم ليس توكيلا بل هو تفويض، حيث إنه باشتراط الخيار لغيره مُعْرِض عن نظر نفسه، وقد ألحقوا بلفظ الخيار أو الرضا لفظ المشورة - السابق ذكره - إذا جاء مقيدا بما يدنو به إلى هذين اللفظين مثل أن يقول: على مشورة فلان إن شاء أمضى وإن شاء رد، فحكم هذا كالخيار والرضا.[1] ومن هنا يعلم أنه يلحق باللفظين ما في معناهما من ألفاظ مستحدثة تؤدي المعنى نفسه كالرغبة والرأي

وعند الشافعية في هذا اتجاهان:

أحدهما: أنه ليس له أن يفسخ حتى يقول: استأمرته فأمرني بالفسخ، والاتجاه الآخر - وعليه الحنابلة -. أنه لا يشترط استئماره، وأن نص الشافعي الذي اعتمده المثبتون قد جاء بقصد الاحتياط لئلا يكون كاذبا. ونحوه ما ذكر

---

(١) البدائع ٥/١٧٤، المجموع ٩/١٩٩، والشرح الكبير ٤/١٠٠، كشاف القناع ٣/٢٠٤، المغني ٦/٥٠

(٢) هي (مفاعلة) من الأمر، بمعنى اشتراطهما أو أحدهما استئمار من سماه والرجوع لأمره.

(٣) الدسوقي على الشرح الكبير ٣/٩٨

---

(١) الدسوقي على الشرح الكبير ٣/٩٨، والخرشي ٤/٢٥

ابن حزم عن ابن عمر أنه فصل (إن لحقت) على (إن رضيت)، إذ قد يرضى، ثم يدعي أنه لم يرض، وقد صحح النووي الرأي الأول.(١)

ولابد من تعيين من سيشاوره. أما لو قال: على أن أشاور (كما يقع كثيرا)، لم يكف. قال الأذرعي: والظاهر يكفي، وهو في هذا شارط الخيار لنفسه.(٢)

ولم نعثر للحنفية على نص في هذه المسألة.

النيابة في الخيار:

٢٧ ـ الخيار يثبت للعاقد المشترط الخيار لنفسه مهما كانت صفة العاقد، فسواء أكان مالكا للمعقود عليه، أم وصيا يعقد لمصلحة الموصى عليه، أم وليا لمصلحة المـُوَلّى عليه، أم كان يعقد بالوكالة.

ذلك أن اشتراط الخيار في حال الولاية أو الوصاية هو من باب النظر والرعاية للصغير لذلك لها. وأما في الوكالة، فلأن تصرفه بأمر الموكل وقد أمره بالعقد أمرا مطلقا فيظل على إطلاقه، فيشمل العقد بخيار أو بدونه.

وكذلك المضارب أو الشريك شركة عنان أو مفاوضة، يملك شرط الخيار في معاملات الشركة بمقتضى إطلاق عقد الشركة.

وهذا شامل لما لو شرط الخيار لنفسه أو للعاقد الآخر التي يشاطره التعاقد على ما ذكر الحنفية.(١)

أما الشافعية فقد قالوا بصحته في الوكالة ـ في أصح الوجهين ـ إذا اشترطه الوكيل لنفسه أو لموكله، لأنه لا ضرر فيه، كما منعوا الوكيل بالبيع أن يشترط الخيار للمشتري، وكذلك العكس، فليس للوكيل بالشراء أن يشترط الخيار للبائع، فإن فعل الوكيل ذلك بطل العقد، وهذا ما لم يأذن الموكل في الصورتين، والأصح عند الشافعية أنه لا يتجاوز الخيار من شرط له فلا يثبت للموكل إذا اشترطه الوكيل لنفسه ولا العكس ـ وهو ظاهر النص عن الشافعي ـ لأن ثبوته بالشرط فكان لمن شرطه خاصة. أما إذا أذن له الموكل في شرط الخيار وأطلق، فشرط الوكيل كذلك بإطلاق، ففيه أوجه، أصحها أنه للوكيل، لأن معظم أحكام العقد متعلقة به وحده[٢] ولا يلزم العقد برضا الموكل، لأن الخيار منوط برضا وكيله.

والحنابلة كالشافعية في صحة اشتراط الوكيل الخيار لنفسه، لا للعاقد الآخر مع احتمال الجواز عندهم فيها بناء على الرواية التي تقول: للوكيل

---

(١) المجموع ٩/ ٢١٢، شرح الروض ٢/ ٥٠، المغني ٣/ ٥٢٦ ط ٤

(٢) شرح الروض ٢/ ٥٤

(١) البدائع ٥/ ١٧٤

(٢) المجموع ٩/ ١٩٤، ونهاية المحتاج ٤/ ١٥، ومغني المحتاج ٢/ ٦١

التوكيل.(١)

ثم إن على الوكيل أن يفعل ما فيه حظ الموكل، لأنه مؤتمن.(٢)

وكما يثبت الخيار لصاحبه على وجه الانفراد إذا كان المشتري أو البائع واحدا، يثبت للمتعدد أيضا إذا كان الطرف المتعاقد متعددا، كما لو باع شريكان شيئا، أو باع المالك سلعة لاثنين واشترطا الخيار لهما.

آثار الخيار:

أولا: أثر الخيار على حكم العقد:

٢٨ - حكم الخيار أنه يمنع ثبوت حكم العقد، فلا يترتب عليه الحكم المعتاد للحال في حق من له الخيار، وذلك موضع اتفاق بين أبي حنيفة وصاحبيه، وهو عند أبي حنيفة في حق العاقد الآخر أيضا، وقال صاحباه: الحكم نافذ في حق من لا خيار له، لأنه لا مانع بالنسبة له - وسيترتب على ذلك انتقال الملك عنه - ولذا قال الكاساني: (هو للحال موقوف، على معنى أنه لا يعرف حكمه للحال، وإنما يعرف عند سقوط الخيار، والعلة في القول بأنه موقوف الحكم أنه لا يدرى أيتصل به الفسخ أو الإجازة. ثم قال بعدئذ: «فيتوقف في الجواب للحال، وهذا

(١) المغني ٣/ ٥٣٣

(٢) شرح الروض ٢/ ٥٢

تفسير التوقف عندنا». وقال في موطن آخر: شرط الخيار يمنع انعقاد العقد في حق الحكم للحال.(١)

وتبين من منع ثبوت الحكم في حق من له الخيار، أنه لو كان الخيار لكل من المتعاقدين لم يترتب على العقد حكمه في الحال، فلا يخرج المبيع من ملك البائع، ولا الثمن من ملك المشتري اتفاقا بين أئمة الحنفية، فلا يفترق هذا العقد عن العقد البات إلا من حيث تعرضه للفسخ بموجب خيار الشرط الذي زلزل حكم العقد وجعله عرضة للفسخ. ففي حال اشتراط الخيار للطرفين لا يثبت حكم العقد أصلا.(٢)

وإلى مثل ذلك ذهب الشافعية في صورة اشتراط الخيار للطرفين، حيث نصوا على أنه موقوف، لا يحكم بانتقاله للمشتري، ولا أنه للبائع خالصا حتى ينقضي الخيار.(٣)

وعند المالكية ملكية محل الخيار باقية للبائع، ولم تنتقل إلى المشتري، فحكم العقد المشتمل على خيار أنه منزع عن نفاذه أيا كان صاحب الخيار.(٤)

(١) البدائع ٥/ ٢٦٤ و ٥/ ١٧٤

(٢) رد المحتار ٤/ ٥٣، تبيين الحقائق ٤/ ١٦، البحر الرائق ٦/ ٣، الفتاوى الهندية نقلا عن قاضيخان ٣/ ٤٠ - فتح القدير ٥/ ٣٦٧.

(٣) المجموع ٩/ ٢٢٨

(٤) القوانين الفقهية ٢٦٤، والدسوقي على الشرح الكبير ٣/ ١٠٣، بداية المجتهد ٢/ ١٧٥

ثانيا : أثر الخيار على انتقال الملك :

يختلف أثر الخيار على انتقال الملك بين كون الخيار للمتعاقدين أو كونه لأحدهما .

أ ـ كون الخيار للمتعاقدين :

٢٩ ـ إذا كان خيار الشرط ثابتا لكل من المتعاقدين فلا تغيير يحصل في تضية الملك للبدلين ، فمحل الخيار للبائع باق على ملكه ، والثمن للمشتري أيضا . ذلك موقف الحنفية ، يقول الكاساني : فلا ينعقد العقد في حق الحكم في البدلين جميعا ، فلا يزول المبيع عن ملك البائع ولا يدخل في ملك المشتري ، وكذا الثمن . . . لأن المانع من الانعقاد في حق الحكم موجود في الجانبين جميعا وهو الخيار .[1] ويقرب منه موقف الشافعية بملاحظة اختيارهم وصف هذه الحالة بأن الملك موقوف بانتظار انقضاء مدة الخيار لعدم أولوية أحدهما ، فإن فسخ العقد ظهر عندئذ أن الملك مزال للبائع ، وإن تم ظهر أن الملك انتقل للمشتري منذ العقد .[2] والمذاهب الأخرى لا تفرد هذه الحالة بالحكم ، بل ينصب نظرها إلى خيار البائع ، فهو المؤثر في القضية فيما إذا كان الخيار له وللمشتري .

والرأي الثاني في المسألة على النقيض مما سبق ، فالملك في العقد المقترن بخيار الشرط ينتقل إلى المشتري بالعقد نفسه ، سواء أكان الخيار لهما أم لأحدهما أيا كان ، وهذا هو ظاهر المذهب عند الحنابلة ، وقد عللوه بأن العقد مع الخيار كالعقد المطلق عنه .[1]

ب ـ كون الخيار لأحدهما :

٣٠ ـ تختلف مذاهب الفقه ، في تحديد المالك لمحل الخيار إذا كان الخيار لأحد المتعاقدين دون الآخر ، وتنحصر الآراء في ثلاثة : بقاء الملك ، انتقاله ، التفصيل بحسب صاحب الخيار .

١ ـ ذهب الرأي الأول إلى القول بأن الملك باق لصاحب المحل كما كان قبل حصول العقد وهو البائع ، ولا فرق بين أن يكون الخيار للمتعاقدين أو لأحدهما . بهذا قال مالك وأصحابه وهو مذهب الليث والأوزاعي . وقد عبر المالكية عن هذه المسألة بقولهم : إن بيع الخيار منحل لا منعقد ، بمعنى أنه على ملك البائع لم ينتقل ، فالإمضاء اللاحق بعدئذ ناقل للملك لا مقرر .[2]

فقد اعتبر هؤلاء يد المشتري على محل الخيار يد أمانة ، وأن البائع هو المالك (والضامن أيضا) واحتجوا بأن العقد الذي وقع فيه الخيار

---

(١) البدائع ٥/ ٢٦٤ ـ ٢٦٥

(٢) المجموع ٩/ ٢٣٠ ، نهاية المحتاج ٤/ ٢٠ ، مغني المحتاج ٢/ ٤٨

(١) كشاف القناع ٣/ ٢٠٦

(٢) بداية المجتهد ٢/ ٢١١ ، الشرح الكبير على خليل بحاشية الدسوقي ٣/ ١٠٣ ، الخرشي ٤/ ٣٠

عقد غير لازم ، فلم يترتب عليه حكم ، أي هو عقد غير نافذ في الجملة : لم ينتقل الملك عن البائع ، كما لو لم يقع قبول من العاقد الآخر (المشتري مثلا).

٢ ـ الرأي الثاني وهو قول عند المالكية : إن الملك للمشتري ، فالإمضاء تقرير لا نقل. [1]

وعن أحمد رواية أنه موقوف في هذه الحالة أيضا حتى ينقضي الخيار. [2]

٣ ـ والرأي الثالث قائم على التفصيل بحسب صاحب الخيار.

فإذا كان الخيار للبائع فالملك باق له ، لأن اشتراط الخيار منه إبقاء على ملكه فلا ينتقل إلى المشتري ، ولهذا نتائج عديدة أبرزها أن المشتري ـ بالرغم من العقد ـ لا يملك التصرف في محل الخيار ، كما أن تصرفات البائع تنفذ ، وتعتبر فسخا للعقد ، وإلى هذا ذهب أبو حنيفة وصاحباه والشافعي في أظهر الأقوال. [3] وهذا القول للشافعية قائم على التفصيل بين كون الخيار للبائع أو المشتري ـ وهو الأظهر ـ وهناك أقوال ثلاثة أخرى (مطردة في حال كون الخيار لهما أو لأحدهما) أحدها : أن المبيع ملك للمشتري والثمن ملك للبائع ، والثاني : أن المبيع باق على ملك البائع ولا يملكه المشتري إلا بعد انقضاء الخيار من غير فسخ ، والثمن باق على ملك المشتري. والثالث : أن الملك موقوف إلى تمام البيع فلحكم بأن المبيع كان ملكا للمشتري منذ العقد ، أو أنه باق على ملك البائع. [1]

وأما إذا كان الخيار للمشتري فالملك زائل عن البائع عند هؤلاء ، حيث لا مانع في حقه ، لأن العقد لازم من جهة من لا خيار له وهو البائع. والتصرف في محل الخيار مقصور على من له الخيار ، لأنه شرع نظرا له وحده ، وعلى هذا القدر اتفق أبو حنيفة وصاحباه ، وهو مذهب الشافعية ، ويمكن التعبير عنه بأن الملك منتقل عمن لا خيار له. [2]

ثالثا : أثر الخيار على ضمان المحل :

٣١ ـ اختلف الفقهاء فيمن يتحمل تبعة هلاك محل الخيار على النحو الآتي :

فالحنفية فرقوا في هذه المسألة بين عدة صور :

---

(١) الخرشي ٤ / ٣٠

(٢) المغني ٣ / ٥٩٦ ، كشاف القناع ٣ / ٢٠٦ ، القواعد لابن رجب ٣٧٧

(٣) البدائع ٥ / ٢٦٤ ، فتح القدير ٥ / ٥٠٤ ، البحر الرائق ٦ / ٩ ، وحاشية ابن عابدين ٤ / ٥٣ ، وشرح الروض ٢ / ٥٣ ، المجموع ٩ / ٢٣٠ ، نهاية المحتاج ٤ / ٢٠ ، مغني المحتاج ٢ / ٤٨

(١) المجموع ٩ / ٢٣٠

(٢) البحر الرائق ٦ / ١٣ ، وتبيين الحقائق ٤ / ١٩ ، وحاشية ابن عابدين ٤ / ٥٣ ، وشرح الروض ٢ / ٥٢ ، والمجموع ٩ / ٢٣٠ ، ونهاية المحتاج ٤ / ٢٠ ، ومغني المحتاج ٢ / ٤٨

١ ـ إذا كان الخيار للبائع ـ وبالأولى إذا كان له وللمشتري ـ وهلك محل الخيار بيد البائع قبل القبض فالضمان على البائع بالاتفاق بين أبي حنيفة وصاحبيه، لأنه لم يخرج عن ملكه اتفاقا، ولم ينضم إلى الخيار القبض ليكون له أثر في تعديل ارتباط تبعة الهلاك بالملك، ولا إشكال عند الحنفية في انفساخ العقد، كما هو الحال في البيع المطلق عن الخيار.[1]

٢ ـ إذا هلك محل الخيار في يد المشتري بعد القبض وبعد انقضاء الخيار فالضمان منه، لأنه غدا بانقضاء الخيار بيعا مطلقا. والضمان حينئذ بالثمن لأنه هلك بعدما أبرم البيع، وإبرامه إذا كان الخيار للبائع لعدم فسخ البائع في المدة، وإن كان الخيار للمشتري فلأن هلاكه بمثابة الإجازة.[2]

٣ ـ إذا كان الخيار للبائع وقد قبض المشتري محل الخيار فهلك في يد المشتري خلال مدة الخيار فالضمان على المشتري، لأن البيع قد انفسخ بهلاك المحل إذ كان موقوفا، لأجل خيار البائع، ولا نفاذ للموقوف إذا هلك المحل، فبقي في يد المشتري مقبوضا على جهة العقد (أي المعاوضة)، لا على وجه الأمانة المحضة كالإيداع والإعارة، لأن البائع لم يرض بقبض المشتري له إلا على جهة العقد. وكذلك الشافعية، وسووا بين هذه الحالة وبين إيداع المشتري إياه بعد القبض عند البائع.

أما كيفية ضمانه فهو أنه يضمن بالقيمة ـ إن لم يكن مثليا (لأن ضمانه حينئذ بالمثل) ـ والضمان بالقيمة، لا بالثمن، هو الشأن فيما قبض على جهة العقد، كالمقبوض على سوم الشراء.[1] وقد جعل الكاساني ضمانه أولى من ضمان المقبوض على سوم الشراء.

٤ ـ إذا كان الخيار للمشتري وقد قبض محل الخيار فهلك في يده، فالضمان منه أيضا، ولكن الضمان هنا بالثمن.

وبين هذه الحالة وسابقتها فرق من حيث كيفية الضمان فهنا الضمان بالثمن، وهناك الضمان بالقيمة، وقد أشار صاحب الهداية إلى وجه الفرق، وتابعه الشراح مفصلين الوجه نفسه، بأنه إذا كان الخيار للمشتري وهلك المبيع فإنه بمثابة تعيب آل إلى تلف، لأن التلف لا يعرى عن مقدمة عيب، فبدخول العيب على محل الخيار لا يملك المشتري (صاحب الخيار) الرد على البائع حال قيام العيب، كائنا ما كان العيب، فإذا اتصل به الهلاك لم يبق الرد

(١) فتح القدير ٥/ ٥٠٤، والبدائع ٥/ ٢٧٢

(٢) فتح القدير ٥/ ٥٠٤

(١) المقبوض على سوم الشراء هو ما أخذه المشتري على قصد الابتياع للنظر والاختيار من غير إبرام البيع فهلك في يده. ومن المقرر أن ضمانه مرتب إذا كان القبض بعد تسمية الثمن، أما إذا لم يسم ثمنا فلا ضمان في الصحيح (فتح القدير ٥/ ٥٠٤)، العناية على الهداية بهامش فتح القدير ٥/ ٥٠٤

مالقبض، فيهلك المحل بعد أن انبرم العقد بمقدمات الهلاك، وبلزوم العقد يجب الثمن لا القيمة.

أما في حالة كون الخيار للبائع وتلف المبيع عند المشتري بعد القبض، فإن تعيب المبيع وإشرافه على الهلاك لا يمنع الرد حكما، لأن خيار البائع لم يسقط لأنه لم يعجز عن التصرف بحكم الخيار الذي لو رضي به يتمكن من الاسترداد، فإذا هلك على ملكه فينفسخ العقد ضرورة لعدم المحل فيكون ضمانه كالمقبوض على سوم الشراء، أي بالقيمة، لا بالثمن لفقدان العقد.(١)

٣٢ - أما عند المالكية فالضمان منسجم مع الملك الذي جعلوه ثابتا مطلقا للبائع، فالضمان عليه أيضا إلا في استثناءات يدعو إليها إعواز المشتري الدليل على حسن نيته وعدم تفريطه، لأن ضمان البائع للتلف خاص بما لو كان تلفا بحادث سماوي، أو ضياع، ويتمثل الأصل في صورتين:

الأولى: إذا قبض المشتري محل الخيار، فالضمان على البائع، إذ هو أقدم ملكا، فلا ينتقل الضمان عنه إلا بتمام انتقال ملكه.(٢)

وذلك الأصل ثابت فيما إذا كان محل الخيار مما لا يغاب عليه (أي: مما لا يمكن إخفاؤه)، حيث لم يظهر كذب المشتري في دعواه التلف دون صنعه.

الثانية: إذا كان محل الخيار مما يغاب عليه ولكن ثبت تلفه أو ضياعه ببينة (لأن هلاكه ظاهر بغير صنعه، ولأنه غير متعد في قبضه كالرهن والعارية).

وفيما وراء هذا الأصل، أو بعبارة أخرى فيما كان محترزا عنه بقيود الصورتين السابقتين (صورة ما لا يغاب عليه ولم يثبت كذب المشتري، وصورة ما يغاب عليه وثبت أن التلف ليس بصنع المشتري) يكون الضمان على المشتري.(١)

٣٣ - أما الشافعية فقد جاء في شرح الروض أنه لو تلف المبيع بآفة سماوية بعد القبض والخيار للبائع وحده، انفسخ البيع، لأنه ينفسخ بذلك عند بقاء يده، فعند بقاء ملكه أولى، ولأن نقل الملك بعد التلف لا يمكن. وإن كان المبيع مودعا مع البائع فإن البيع ينفسخ بتلفه لأن يده كيد المشتري ويرد البائع عليه الثمن وله في المسألتين على المشتري القيمة في المتقوم، والمثل في المثلي ولو كان الخيار للمشتري وحده أولهما فتلف المبيع بعد قبضه لم ينفسخ البيع لدخوله في ضمانه بالقبض ولم ينقطع الخيار كما لا يمتنع

---

(١) الهداية وفتح القدير والعناية والكفاية ٥/ ٥٠٦

(٢) المواق على خليل نقلا عن ابن يونس ٤/ ٤٢٢

(١) المواق على خليل ٤/ ٤٢٣، والخرشي على خليل ٤/ ٣٠، والدسوقي ٣/ ١٠١

التحالف بتلف المبيع ولزم المشتري الثمن إن تم العقد، وإن فسخ فالقيمة أو المثل على المشتري واسترد الثمن، ولو أتلفه متلف ولو بعد قبضه والخيار للبائع وحده انفسخ البيع كما في صورة التلف، وإن كان الخيار لهما أو للمشتري وحده وأتلفه أجنبي ولو قبل القبض لم ينفسخ، أي البيع، لقيام البدل اللازم له من قيمة أو مثل مقامه وتلزمه القيمة للمشتري لفوات عين المبيع والخيار بحاله وإن أتلفه المشتري ولو قبل القبض، والخيار له أولهما استقر عليه الثمن، لأنه بإتلافه المبيع قابض له أو أتلفه البائع، ولو بعد القبض فكتلفه بآفة.[1]

٣٤ ـ وأما الحنابلة فقد جعلوا الملك للمشتري، وذهبوا إلى أن ضمان محل الخيار على المشتري لأنه ملكه، وغلته له فكان من ضمانه كما بعد انقضاء الخيار، ومئونته عليه.[2] وهذا على إطلاقه (قبل القبض أو بعده) إذا كان محل الخيار من غير المكيل أو الموزون ونحوهما كالمعدود والمذروع، شريطة أن لا يكون عدم القبض ناشئا من منع البائع.

أما إذا كان محل الخيار من المكيل أو الموزون ونحوهما فلابد من القبض ليكون ضمانه على المشتري، فإن كان القبض لم يحصل فالضمان حينئذ على البائع. ولا يعتبر الحكم في المكيل والموزون استثناء، بل هو الذي تقتضيه أصول الحنابلة من اعتبارهم القبض ضميمة لابد منها في المكيل والموزون لينتقل ضمانه عن البائع إلى المشتري، وهو حكم يتفق فيه البيع المقيد بالخيار، والبيع المطلق. وعلله ابن قدامة بأنه يتعلق به حق توفية، وجاء في كشاف القناع أن المراد بالقبض في المكيل والموزون هو اكتياله أو وزنه، وليس مجرد التخلية كما هو عند الحنفية، فالاكتيال يعرف هل وصل إلى المشتري حقه كاملا أم نقص منه أو زاد عنه.[3]

أثر الخيار على زيادة المبيع وغلّته ونفقته.

٣٥ ـ قسم الحنفية الزوائد التي قد تطرأ على المبيع إلى الأقسام التالية:

١ ـ الزيادة المتصلة المتولدة، كالسِّمَن في الحيوان وزيادة وزنه، والبرء من داء كان فيه، والنضج في الثمر، والحمل الذي يحدث زمن الخيار (أما الموجود عند العقد فهو معقود عليه، كالأم، فيقابله قسط من الثمن على ما قال الشافعية).

---

(١) شرح الروض ٢/ ٥٤

(٢) المغني لابن قدامة ٣/ ٥٦٣

(٣) المغني ٤/ ٢٩٩ مع الشرح الكبير وفي المغني: ويقبض كل شيء بحسبه، فإن كان مكيلا أو موزونا بيع كيلا أو وزنا فقبضه بكيله ووزنه (٤/ ٢٢٠) ونحوه في كشاف القناع ٣/ ٢٤٦

٢ - الزيادة المتصلة غير المتولدة من الأصل، ومثالها: الصبغ والخياطة، والبناء في الأرض، والغرس فيها، ولتّ السويق بسمن.

٣ - الزيادة المنفصلة المتولدة من الأصل، ومثالها: الولد، والثمر، واللبن، والبيض، والصوف.

٤ - الزيادة المنفصلة غير المتولدة من الأصل. ومثالها: غلّة المأجور، وأرش الجناية على عضو من الحيوان، والعُقر وهو ما يعتبر مهرا للموطوءة بشبهة.[1]

هذا تقسيم الحنفية للزوائد، وهم أكثر الفقهاء عناية بتنويعها، نظرا لتفاوت أحكامها عندهم بحسب تلك الأنواع.

أما غير الحنفية فما بين موحد النظرة إلى الزيادة، أو مكتف بتقسيم الزوائد إلى متصلة أو منفصلة وإدارة الحكم على ذلك فقط.

وإن للزوائد في محل الخيار أحكاما أهمها اثنان: أحدهما: لمن يكون ملك الزوائد، والثاني كونها تمنع الرد، أي تعدم الخيار بإلزام صاحبه بالإجازة دون الفسخ. ذهب الحنفية إلى أن الأصل في الزيادة أنها تمنع الردّ ويسري امتناع الرد على جميع أنواعها سوى الزيادة المنفصلة غير المتولدة اتفاقا، والزيادة المتصلة المتولدة على خلاف. فحيث يمتنع الرد ينبرم العقد ويلزم، وتكون الزوائد مطلقا للمشتري الذي صار إليه ملك الأصل. أما في الزيادة المنفصلة غير المتولدة حيث لا يمتنع الرد، وفي الزيادة المتصلة المتولدة حيث اختلف في امتناعه، فقد اختلفوا فيمن يملك تلك الزوائد على النحو الآتي.[2]

الزيادة المنفصلة غير المتولدة:

٣٦ - إذا كانت زوائد محل الخيار من نوع المنفصلة غير المتولدة من الأصل، ففيها يجري الخلاف بين أبي حنيفة وصاحبيه. وهذا الخلاف لا مجال له إن اختار المشتري امضاء العقد لأنه حينئذ يتملك الأصل والزوائد اتفاقا، لأنه بالإمضاء تبين أن الزوائد كسب ملكه فكانت ملكا له. أما إن اختار المشتري الفسخ وإعادة محل الخيار إلى البائع فهل يعيد معها الزوائد أم لا؟ قال أبو حنيفة: يرد الأصل مع الزوائد بناء على أن ملك المبيع كان موقوفا، فإذا حصل الفسخ تبين أنه لم يدخل في ملك المشتري فالزيادة حصلت على ملك البائع فترد إليه مع الأصل. وعند الصاحبين: المبيع دخل في ملك المشتري فكانت الزوائد حاصلة على ملكه، فيظهر أثر الفسخ في الأصل لا في الزوائد

---

(١) بدائع الصنائع ٥/ ٢٧٠، والفتاوى الهندية ٣/ ٤٨ نقلا عن السراج الوهاج والنهر الفائق وغيرهما.

(٢) البحر الرائق ٦/ ١٤-١٥ نقلا عن التاترخانية، ونقله عنها ابن عابدين أيضا ٤/ ٥٠

لأنها بقيت على حكم ملك المشتري فيأخذها هو[1] وهذه المسألة مبنية على الخلاف الكبير السابق.

الزيادة المتصلة المتولدة :

٣٧ ـ ذهب أبو حنيفة وأبو يوسف إلى أن الخيار يسقط بهذه الزيادة. وقد عرفنا أنه حيث يمتنع الرد يتملك صاحب الخيار الأصل والزيادة، لأنه تبين بإمضاء العقد أنه المالك لمحل الخيار فيملك زوائده مهما كان وصفها. وعند الإمام محمد لا يبطل الخيار فله أن يختار بين الإمضاء والفسخ.[2]

ويكون مصير هذه الصورة مماثلا للصورة السابقة (صورة الزيادة المنفصلة غير المتولدة) حيث يظل صاحب الخيار متمكنا من استعمال خياره.

أحكام الزوائد عند غير الحنفية :

للمالكية منحى آخر في شأن الزوائد، فهم لم ينظروا إلى الاتصال والانفصال، كما لم يعتبروا التولد على إطلاقه، بل خصوا ما يعتبر جزءا باقيا من المبيع فاعتبروه لا ينفصل عنه في العقد، ومثلوا له بالولد والصوف، فالولد لأنه ليس بغلة ـ ومثله الصوف ـ تم أم لا ـ لأنهما كجزء المبيع، أي أن الولد كالجزء الباقي، بخلاف أرش الجناية فإنه كجزء فات وهو على ملك البائع.[1] يكون مملوكا للمشتري، وماعداه فهو للبائع، لأنهم قائلون بأن الملك في الأصل ـ زمن الخيار ـ يظل للبائع حتى يستعمل صاحب الخيار خياره. ويترتب على هذا أن تكون الزوائد كلها ـ عدا الولد والصوف ـ للبائع.

ومن ذلك :

١ ـ الغلة الحادثة زمن الخيار من لبن وسمن وبيض، للبائع أيضا.

٢ ـ أرش الجناية على المبيع بالخيار للبائع أيضا.[2]

أما الشافعية فقد صرحوا بأنه لو حصلت زوائد منفصلة في زمن الخيار، كاللبن والبيض والثمر، فهي لمن له الملك وهو من انفرد بالخيار، فإن كان الخيار لهما فهي موقوفة كحكم المبيع نفسه، فإن فسخ البيع فهي للبائع وإلا فللمشتري. أما الزوائد المتصلة فتابعة للأصل.

والحمل الموجود عند البيع كالأصل في أنه

---

(١) بدائع الصنائع ٥/ ٢٧٠، والفتاوى الهندية ٣/ ٤٨ نقلا عن السراج الوهاج، شرح المجلة للأتاسي ٢/ ٢٤٣، والبحر الرائق ٦/ ٢٦

(٢) البدائع ٥/ ٢٧٠، والفتاوى الهندية ٣/ ٤٨

(١) الدسوقي على الدردير ٣/ ١٠٤، الخرشي ٤/ ٣٠

(٢) الدردير على خليل بحاشية الدسوقي ٣/ ١٠٣ ـ ١٠٤، والمواق على خليل ٤/ ٤٢٢

مبيع لمقابلته بقسط من الثمن، كما لو بيع معه بعد الانفصال لا كالزوائد.[1]

أما عند الحنابلة فالزوائد للمشتري أيضا، ويشتمل ذلك على المتصلة والمنفصلة كالكسب والأجرة بل لو كانت ثمرة منفصلا متولدا من عين المبيع كالثمرة والولد واللبن، والحكم كذلك ولو كان المبيع في يد البائع قبل القبض (وفي هذه الحال تعتبر الزوائد أمانة عند البائع فلا يضمنها للمشتري إن تلفت بغير تعد ولا تفريط خلافا لحكم المبيع نفسه فهو مضمون قبل قبضه) وسواء تمخض الخيار عن إمضاء العقد أو فسخه.

وقد استدل ابن قدامة للمذهب بحديث: «الخراج بالضمان»،[2] وهذا من ضمان المشتري، واستدل له أيضا بانتقال الملك الى المشتري، أي فهي تتبعه في الانتقال.[3]

رابعا: أثر الخيار على تسليم البدلين

٣٨ - اتفق الفقهاء على أنه لا يجب تسليم البدلين في مدة الخيار في حال الإطلاق وعدم اشتراط التسليم، فليس بواجب على البائع تسليم المبيع ابتداء، ولا يجب على المشتري تسليم الثمن ابتداء لاحتمال الفسخ ما لم تمض مدة الخيار، أو يسقط صاحب الخيار خياره.[1]

أما التسليم للثمن أو المبيع اختيارا وطواعية فلا مانع منه عندهم أي لا يبطل الخيار،[2] فإذا بادر أحدهما أو كلاهما إلى تسليم ما بيده - في مدة الخيار - فهو جائز، لأي منهما كان الخيار، ولا أثر للتسليم على الخيار فنقد الثمن للبائع أو دفع المبيع للمشتري لا يبطل الخيار شريطة أن يكون تسليم البائع للمبيع للمشتري على وجه الاختبار والنظر في صلوحه أو عدمه، أما إن سلمه المبيع على وجه التمليك - والخيار للبائع - فإن خياره يبطل.[3]

وإذا سلم أحدهما تطوعا فامتنع الآخر فقد اختلف فيه الفقهاء، فأبو حنيفة ذهب إلى أنه لا يجبر الآخر على التسليم أيا كان صاحب الخيار وله استرداده. ومذهب الشافعية عدم إجبار الآخر أيضا وهم يقولون: بأن لمن سلم

---

(١) شرح الروض ٢/ ٣٣

(٢) حديث: «الخراج بالضمان». أخرجه أبو داود (٣/ ٧٨٠ - تحقيق عزت عبيد دعاس) من حديث عائشة، وصححه ابن القطان كما في التلخيص الحبير لابن حجر (٣/ ٢٢ - ط شركة الطباعة الفنية).

(٣) كشاف القناع ٣/ ٢٠٧ - ٢٠٨، والمغني لابن قدامة ٤/ ٢٧، والشرح الكبير على المقنع ٤/ ٧٦

(١) فتح القدير ٥/ ١٩٩، والمنتقى ٤/ ٤٢، والبحر الرائق ٦/ ١٥، والمغني ٣/ ٥١٨

(٢) الدسوقي ٣/ ٩٤ و ٩٦، والمجموع ٩/ ٢٢١ - ٢٢٣، شرح الروض ٢/ ٥٤، والبحر الرائق ٦/ ٤٥، المجموع ٩/ ٢٢٣

(٣) فتاوى قاضيخان ٢/ ١٧٩، والبحر الرائق ٦/ ١٠ نقلا عن جامع الفصولين ١/ ٤٤٢

مؤملا التسليم من صاحبه فلم يحدث، فله أن يستقل.(١)

سقوط الخيار:

٣٩ - يسقط الخيار قبل مضي مدته بعدد من الأسباب هي: البلوغ في حق الصبي الذي عقد عنه وليه أو وصيه، والجنون ونحوه، وموت صاحب الخيار على خلاف في هذا السبب الأخير:

أ - بلوغ الصبي مستحق الخيار:

٤٠ - يرى الإمام أبو يوسف من الحنفية أن دخول الصغير صاحب الخيار في طور البلوغ، في مدة خيار الشرط وغيره من الخيارات المحددة بوقت يسقط به الخيار للولي أو الوصي صيانة منه لمصلحة الصبي، ويلزم به العقد. أما الإمام محمد، فقد جزم بأن الخيار لا يسقط، ثم تعددت الروايات عنه في مصير الخيار بعدئذ هل ينتقل إلى الصغير في المدة أو بدون تحديد مدة، أو يبقى للوصي أو الولي؟(٢)

ولم نجد لغير الحنفية كلاما في هذه المسألة.

ب - طروء الجنون ونحوه:

٤١ - قد يطرأ الجنون على العاقد صاحب الخيار، ومثله (ما هو في حكمه من حيث ذهاب العقل وعجز الإنسان عن إظهار موقفه، كالإغماء والنوم أو السكتة) فإذا بقي ذلك حتى استغرق وقت الخيار من حالة توقيته سقط الخيار. لكن سقوطه ليس لكون الجنون من أسباب سقوط الخيار، بل لانقضاء المدة دون صدور فسخ منه، فالجنون نفسه ليس مسقطا بل استغراق الوقت كله دون فسخ. ولذا لو أفاق خلال المدة كان على خياره فيما بقي منها في الأصح لدى الحنفية. قال ابن نجيم: والتحقيق أن الإغماء والجنون لا يسقطان الخيار وإنما المسقط له مضي المدة من غير اختيار. واختلف في السكر هل هو في حكم الجنون أم يفرق بين ما يحصل منه بالبنج ونحوه من الوسائل المستخدمة في الطب، وبين السكر بالمحرم. ينظر في المطولات.(١)

وقال المالكية: إن جن من له الخيار وعلم أنه لا يفيق أو يفيق بعد طول يضر الصبر إليه بالآخر، نظر السلطان في الأصلح له، أي لا يسقط الخيار. وسيأتي تفصيله في انتقال الخيار.(٢)

جـ - تغير محل الخيار:

٤٢ - إذا كان تغير محل الخيار بالهلاك والتعيب أو النقصان، فإن الخيار يسقط بهلاك المبيع قبل

---

(١) البحر الرائق ٦/ ١٤، المراجع الحنفية والفتاوى الهندية ٣/ ٤٢، وشرح الروض ٢/ ٥١

(٢) البدائع ٥/ ٢٦٧، ٢٦٨، الفتاوى الهندية ٣/ ٥٤، وقاضيخان ٢/ ٢٠٠

(١) الهداية ٣/ ٤٣، البحر ٦/ ٥٠

(٢) حاشية الدسوقي ٣/ ١٠٣

القبض بلا خلاف بين الفقهاء أسوة بالعقد البات، فهذا أولى، لأنه أضعف منه لوجود شرط الخيار. أما إن كان الهلاك بعد القبض فقد اختلفت فيه المذاهب، فهو مسقط للخيار عند الحنابلة مطلقاً.[1] وهو بمثابة الفسخ للعقد وسقوط الخيار تبعاً عند المالكية.[2] أما الحنفية والشافعية فيربطونه بمسألة انتقال الملك، فهو عند الحنفية يفرق بين كون الخيار للبائع وحده أوله وللمشتري ـ فالملك للبائع ـ فإذا هلك لم تمكن المبادلة عليه فينفسخ العقد ويبطل الخيار. أما إن كان الخيار للمشتري فالهلاك في عداد مسقطات الخيار التي يلزم بها العقد لأنه عجز عن التصرف بحكم الخيار حين أشرفت السلعة على الهلاك. والشافعية يقولون: إن كان الخيار للبائع وحده ينفسخ العقد، لأن الملك للبائع وتعذر نقله، أما إن كان الخيار للمشتري أولهما معاً، فلا أثر للهلاك على العقد أو الخيار وإنما تتأثر تصفية هذا العقد، فإن اختار صاحب الخيار الإمضاء فالواجب هو الثمن وإن اختار الفسخ فالواجب رد المثل أو القيمة بدلاً من المبيع.[3]

ومثل الهلاك النقصان بالتعيب بما لا يحتمل الارتفاع أو لا يرجى زواله مهما كان قدره أو فاعله، لإخلال النقصان بشرط ردّ المبيع كما قُبض. أما لو كان يرجى زواله كالمرض فالخيار باق ولا يرد حتى يبرأ في المدة فإن مضت ولم يبرأ لزم البيع.

٤٣ ـ وإن كان التغير بالزيادة: إن كان الخيار للبائع فلا خلاف أنها لا أثر لها في سقوط الخيار، وإن كان الخيار للمشتري فلا أثر لها أيضاً عند الجمهور مهما كان نوعها وكذلك الحنفية في الزيادة المتصلة، أو المنفصلة غير المتولدة، أما المنفصلة المتولدة من الأصل فإنها تسقط الخيار لتعذر ورود الفسخ عليها، لأنها غير مبيع، فالرد بدونها مؤد لشبهة الربا، وإن ردها مع الأصل كان ربح ما لم يضمن.[1]

د ـ إمضاء أحد الشريكين

٤٤ ـ إذا تعاقد شريكان مع آخر على أنهما بالخيار فأجاز أحدهما دون الآخر سقط الخيار بالنسبة لهما جميعاً ولزم العقد، وهذا عند أبي حنيفة، بحيث لا يملك الشريك الآخر الفسخ، أما عند الصاحبين فالخيار لا يسقط

---

(١) المغني ٣/ ٩٠٥، مطالب أولي النهى ٣/ ٩٩، كشاف القناع ٣/ ٢٠٩

(٢) الخرشي ٤/ ٣١، الحطاب ٤/ ٤٢٣، الدسوقي ٣/ ١٠٥

(٣) البدائع ٥/ ٢٦٩ و٢٧٦، فتح القدير ٥/ ١١٧، المبسوط ١٣/ ٤٤، المجموع ٩/ ٢١٩

---

(١) البدائع ٥/ ٢٦٤ و٢٨٦، وفتح القدير والعناية ٥/ ١٦٠، كشاف القناع ٢/ ٥١ ط١، الخرشي ٥/ ١٢٠، مغني المحتاج ٢/ ٤٨

عمن لم يجز العقد بل يبقى خياره على حاله.[1]

ولم نجد لغير الحنفية كلاما في هذه المسألة.

هـ ـ موت صاحب الخيار

٤٥ ـ ذهب الحنفية والحنابلة إلى سقوط الخيار بموت صاحبه، سواء أكان الخيار للبائع أم للمشتري، وسواء أكان صاحب الخيار أصيلا أم نائبا (وكيلا، أو وصيا، أو وليا) فبموت من له الخيار يسقط.

أما المالكية والشافعية، فقد ذهبوا إلى بقاء الخيار للورثة، فموت صاحب الخيار عند هؤلاء ليس مسقطا، بل هو ناقل فقط.

أما وفاة من عليه الخيار فلا يسقط بها الخيار، بل يبقى الخيار لصاحبه ويكون رده إن شاء الرد في مواجهة الورثة. قال السرخسي: وأجمعوا (أي الحنفية) أنه إذا مات من عليه الخيار فإن الخيار باق.[2]

انتهاء الخيار:

٤٦ ـ ينتهي خيار الشرط بأحد سببين:

الأول: إمضاء العقد بإجازته أو بمضي مدة الخيار دون فسخ، والثاني: فسخ العقد.

السبب الأول: إمضاء العقد بالإجازة أو بمضي مدة الخيار دون فسخ:

٤٧ ـ ينتهي الخيار بإمضاء العقد، ويكون ذلك إما بإجازته، وإما بمضي مدة الخيار.

إمضاء العقد بالإجازة:

٤٨ ـ إمضاء العقد بالإجازة يُنهي الخيار بالاتفاق، لأن الأصل في العقد اللزوم والامتناع بعارض الخيار وقد بطل بالإجازة فيلزم العقد.[1]

أنواع الإجازة:

٤٩ ـ قسم الحنفية الإجازة إلى نوعين: صريح أو شبه الصريح، ودلالة.

فالصريح، بالنسبة للبائع، أن يقول: أجزت العقد ـ أو البيع مثلا ـ أو أمضيته أو أوجبته، أو ألزمته، أو رضيته، أو أسقطت الخيار، أو أبطلته. وشبه الصريح ما يجري مجرى ذلك، سواء أعلم المشتري الإجازة أم لم يعلم.[2] وذكر الحنفية أن صاحب الخيار لو

---

(1) الفتاوى الهندية ٣/ ٤٣، البحر ٦/ ٢٠

(2) المبسوط ١٣/ ٤٢، الشرح الصغير ٣/ ١٤٤، مغني المحتاج ٢/ ٥٠

(1) البدائع ٥/ ٢٦٧، الشرح الصغير ٣/ ١٤٤، مغني المحتاج ٢/ ٤٩، كشاف القناع ٣/ ٢٠٧

(2) البدائع ٥/ ٢٦٧، فتح القدير ٥/ ١٦٠، الهندية ٣/ ٤٢

قال: هويت أخذه، أو أحببت، أو أعجبني، أو وافقني لا يبطل خياره.[1]

أما الدلالة فهي أن يتصرف صاحب الخيار في محل الخيار تصرف الملاك، كالبيع، والمساومة، والإجارة، والهبة، والرهن، سلم أو لم يسلم. لأن جواز هذه التصرفات يعتمد الملك، فالإقدام عليها يكون دليل قصد التملك، أو تقرر الملك - على اختلاف الأصلين - وذلك دليل الإمضاء.[2] هذا إذا كان الخيار للمشتري فإذا كان للبائع فالدلالة على الإمضاء في حقه أن يتصرف في الثمن بعد قبضه بالبيع أو نحوه، إذا كان الثمن مما يتعين بالتعيين.

هذا ولا يشترط بقاء المحل للإجازة، ذلك أنه في الإجازة يثبت الحكم بطريق الظهور المحض، وليس الإنشاء، فبالإجازة يظهر أن العقد من وقت وجوده انعقد في حق الحكم، والمحل كان قابلا وقت العقد فهلاكه بعد ذلك لا يمنع الإجازة.[3]

كما لا يشترط علم العاقد الآخر بالإجازة.[4] فلو أجاز العقد فإنه لازم منذ الإجازة سواء أبلغ العاقد الآخر ذلك أم لا.

ونحو هذا التقسيم جاء في المذاهب الأخرى.[1]

إنهاء الخيار بعوض:

٥٠ - جاء في فتاوى قاضيخان أنه لو صالح المشتري البائع صاحب الخيار على دراهم مسماة، أو على عرض بعينه على أن يسقط الخيار ويمضي البيع جاز ذلك ويكون زيادة في الثمن. وكذا لو كان صاحب الخيار هو المشتري فصالحه البائع على أن يسقط الخيار فيحط عنه من الثمن كذا أو يزيده هذا العرض بعينه في البيع جاز ذلك أيضا.[2]

ثانيا - انتهاء الخيار بمضي المدة:

٥١ - اتفق الفقهاء - في الجملة - على أن مضي المدة ينتهي به خيار الشرط، ذلك لأنه خيار مؤقت بمدة (سواء أكانت بتحديد العاقد، أم بتقدير الشارع في حال الإطلاق)، فإذا انقضت المدة التي وقت بها الخيار فمن البدهي أن ينتهي بمضيها ولأن المؤقت إلى غاية ينتهي عند وجود الغاية.[3] واشتراط الخيار في مدة معلومة منع

(١) الهندية، نقلا عن البحر الرائق، (٣/ ١٢) وحواشي البحر (٦/ ٢٠) منقولا من جامع الفصولين.

(٢) البدائع ٥/ ٢٦٨

(٣) البدائع ٥/ ٢٦٤

(٤) الهداية وفتح القدير ٥/ ١٢٠

(١) الشرح الصغير ٣/ ١٤٣، مغني المحتاج ٢/ ٤٩، كشاف القناع ٣/ ٢٠٧

(٢) الفتاوى الهندية ٣/ ٤٤

(٣) فتح القدير ٥/ ١٢٨، البدائع ٥/ ٢٦٧ وحاشية القليوبي على شرح المنهج ٢/ ١٩٥

من لزوم العقد تلك المدة ـ والأصل هو اللزوم ـ فبانقضاء المدة يثبت موجب العقد، وترك صاحب الخيار الفسخ حتى تنقضي المدة رضا منه بالعقد.

على ذلك تواردت نصوص الحنفية والشافعية والحنابلة، خلافا للقاضي أبي يعلى منهم.[1]

أما المالكية فهم في الحقيقة قائلون بأن مضي المدة ينهي الخيار، غير أن لهم اتجاها خاصا فيما ينتج عن مضي المدة، فإذا كان الحال عند غيرهم اعتباره إمضاء للعقد من صاحب الخيار كائنا من كان، فمذهب المالكية أنه انتهاء للخيار وليس إمضاء للعقد إلا حيث تنقضي المدة، والمبيع بيد من له الخيار، فإذا كان الخيار للمشتري (مثلا) كان ترك المبيع في يده بمثابة الإمضاء ولزوم العقد عليه، أما إذا كان الخيار للبائع وانقضى الأمد ـ والمبيع في يده ـ فذلك بمثابة الفسخ من البائع. هذا من حيث أدائه إلى إمضاء العقد. أما اعتبار مضي المدة فسخا أو إجازة فينظر إلى من ينقضي زمن الخيار والمبيع بيده، سواء أكان صاحب الخيار أم غيره، فإن كان بيد البائع آنئذ فهو فسخ، وإن كان بيد المشتري فهو إمضاء. قال الدسوقي: «يلزم

---

(١) المغني ٣/ ٥٩٢ والشرح الكبير على المقنع ٤/ ٦٩ ـ ٧١ ومطالب أولي النهى ٣/ ٩٤ ـ ٩٦، وكشاف القناع ٣/ ٢٥٦ - ٢٥٤

المبيع بالخيار من هو بيده منهما كان صاحب الخيار أو غيره بانقضاء زمن الخيار وما ألحق به وهو اليوم واليومان». وللمالكية تفصيلات تنظر في كتبهم.[1]

السبب الثاني: انتهاء الخيار بفسخ العقد

٥٢ ـ ينقسم الفسخ إلى صريح ودلالة، أو بنظرة أخرى إلى فسخ قولي، وفسخ فعلي، فالفسخ القولي أو الصريح يقع بمثل قوله: فسخت البيع، أو استرجعت المبيع، أو رددته، أو رددت الثمن ونحو ذلك، فكل هذا فسخ صريح، ومنه قول البائع في زمن الخيار: لا أبيع حتى تزيد في الثمن، مع قول المشتري لا أفعل، وكذلك منه عكس هذه الصورة بأن يقول المشتري: لا أشتري حتى ينقص عني من الثمن، على قول البائع لا أفعل. وكذا منه طلب البائع حلول الثمن المؤجل، وطلب المشتري تأجيل الثمن الحال فكل هذا فسخ.[2]

وصورة الفسخ دلالة ـ ويسمى الفسخ الفعلي ـ (أو الفسخ بالفعل كما سماه ابن الهمام):

---

(١) الخرشي على خليل ٥/ ١٢٣، الدسوقي على الشرح الكبير ٣/ ٩٥، الحطاب والمواق ٤/ ٤١٦، الصاوي ٢/ ١٢٥

(٢) البحر الرائق ٦/ ٢٠، المجموع ٩/ ٢٠٣، فتح القدير ٥/ ١٢٢ ـ ١٢٣، الخرشي ٥/ ١٢٠، كشاف القناع ٣/ ٥١، شرح الروض ٢/ ٥٣

أن يتصرف صاحب الخيار تصرف الملاك في المبيع . هذا إذا كان صاحب الخيار هو البائع ، فإن كان هو المشتري فبأن يتصرف تصرف الملاك في الثمن ، شريطة أن يكون الثمن عينا . أما إن كان دينا فلا يتصور الفسخ دلالة في حق البائع ولذلك أغفله ابن الهمام مقتصرا على تصويره في حق المشتري ، لأنه لو تصرف البائع في الثمن - وهو دين - يحمل على أنه تصرف في ماله الخاص لا في الثمن ولأن الأثمان لا تتعين بالتعيين.[1]

والسبب في الاعتداد بالتصرف كالملاك في إسقاط الخيار أن الخيار إذا كان للبائع فتصرفه في المبيع تصرف الملاك دليل استبقاء ملكه فيه . وإذا كان الخيار للمشتري فتصرفه تصرف الملاك في الثمن إذا كان عينا ، دليل أيضا على استبقاء ملكه فيه . واستيفاء ملك كلّ منهما لا يكون إلا بالفسخ ، فالإقدام على التصرف المذكور يكون فسخا للعقد دلالة ، قال ابن الهمام ، ومن قبله الكاساني :

«والحاصل أن ما وجد من البائع في المبيع لو وجد منه في الثمن لكان إجازة للبيع : يكون فسخا للبيع دلالة».

والفسخ دلالة متفق على عدم اشتراط علم الآخر به ، أما في الفسخ الصريح أو ما يجري مجراه ففيه خلاف بين الحنفية .[1]

ثم إن للفسخ دلالة بعد هذا الضابط تفاريع منها :

- أكل المبيع وشربه ولبسه ، يسقط الخيار. وفي فتاوى قاضيخان : إذا لبسه مرة لا يبطل خياره .

- النسخ من الكتاب ، لنفسه أو غيره ، لا يسقط الخيار ، ولو درس فيه يسقط .

- وركوب الدابة ليسقيها ، أو يردّها ، ويعلفها ، إجازة . وقيل إن كان لا يمكنه ذلك بدون الركوب لا يكون إجازة . وأطلق قاضيخان في فتاويه أنه لا يبطل خياره فقال : وركوبها ليسقيها أو يردّها على البائع لا يبطل خياره استحسانا ، فجعله من الاستحسان .

- بيع محل الخيار من غيره ، أو هبته أو رهنه - مع التسليم - مسقط للخيار ، أما لو وهبه أو رهنه ولم يسلم لا ينفسخ .

- إيجار محل الخيار فسخ ولو لم يسلم ، وقيل : ليس فسخا ما لم يسلم .

- تسليم محل الخيار الى المشتري في مدة الخيار ، وفرّق أبو بكر بن الفضل بين التسليم على وجه الاختيار فلا يبطل خياره ولا يملكه المشتري ،

---

(١) بدائع الصنائع ٥/ ٢٦٧ ، فتح القدير ٥/ ١٢١ ، والفتاوى الهندية ٣/ ٤٣ المجموع للنووي ٩/ ٢٠١ الحطاب ٤/ ٤١٩ ، وجامع الفصولين ١/ ٢٤٤

(١) البدائع ٥/ ٢٧٣ ، وفتح القدير ٥/ ١٢١ ، والفتاوى الهندية ٣/ ٤٣

والتسليم على وجه التمليك فيبطل خياره.

قال الزيلعي: وكذا كل تصرف لا يحل إلا في الملك، وكذا كل تصرف لا ينفذ إلا في الملك كالبيع والإجارة.[١]

شرائط الفسخ:

٥٣ - يشترط لاعتبار الفسخ نافذا الشرائط التالية:

١ - قيام الخيار، لأن الخيار إذا زال، بالسقوط مثلا، يلزم العقد، فلا أثر للفسخ حينئذ.

٢ - علم العاقد الآخر بالفسخ، ويعبر عنه في بعض المراجع الفقهية بعبارة الفسخ بحضرة العاقد، وعكسه الفسخ في غيبته، والمراد من الحضرة، العلم لا الحضور، وذلك عند أبي حنيفة ومحمد، فإن جرى الفسخ من صاحب الخيار دون علم العاقد الآخر فالفسخ موقوف: إن علم به في مدة الخيار نفذ، وإن لم يبلغه حتى مضت المدة لزم العقد لعدم اعتبار ذلك الفسخ. وفي هذه الفترة - حيث يعتبر موقوفا - لو عاد العاقد عن فسخه فأمضى العقد قبل علم الآخر فذلك منه معتبر فيلزم العقد ويبطل فسخه السابق.

أما أبو يوسف فقد نقلت عنه أقوال ثلاثة: الأول مثل مذهب أبي حنيفة ومحمد وقد رجع عنه، وقول آخر له بعدم اشتراط علم العاقد الآخر، وقول ثالث بالنظر إلى صاحب الخيار، فإن كان هو البائع فلا يشترط بل يقتصر اشتراط العلم في خيار المشتري لكن القول المشهور عنه عدم اشتراط علم العاقد الآخر بالفسخ ورجح ابن الهمام قول أبي يوسف هذا، وبيّن أن الفسخ بالقول هو الذي وقع الخلاف في جوازه بغير علم الآخر، وأما الفسخ بالفعل فيجوز بغير علمه اتفاقا بين أئمة الحنفية.[٢]

وعدم اشتراط علم العاقد الآخر بالفسخ هو مذهب الجمهور: المالكية والشافعية والحنابلة والروايات السابقة لبعض أئمة الحنفية، وهو مذهب الثوري وأبي ثور، على ما ذكر الطبري.[٣]

واستدلوا بأن الفاسخ منها مسلط على الفسخ من جهة صاحبه الذي لا خيار له فلا يتوقف فسخه على علمه، فهو كبيع الوكيل مع عدم علم الموكل وهو جائز، فلا يشترط الرضا هنا ولا هناك، ولهذا نظائر، منها: أن الفسخ كالإجازة في هذا، لأنهما شقيقان كلاهما لاستعمال الخيار فهو - كما قال البابرتي - قياس

(١) فتح القدير ٥/ ١٢٦، والفتاوى الهندية ٣/ ٤٣، والبدائع ٥/ ٢٦٧، تبيين الحقائق للزيلعي ٤/ ١٩

(٢) البدائع ٥/ ٢٧٣، الفتاوى الهندية ٣/ ٤٣، فتح القدير ٥/ ١٢٢، البحر الرائق ٦/ ١٨

(٣) المجموع ٩/ ٢٠٠، والمغني ٣/ ٥٤٩، وكشاف القناع ٣/ ٥١، والخرشي ٥/ ١٢٠ اختلاف الفقهاء للطبري (جزء البيوع) ص ٤٥

لأحد شطري العقد على الآخر.[1]

٣ ـ أن لا ينشأ عن الفسخ تفريق الصفقة، أي أن يقع الفسخ على جميع الصفقة، فليس له أن يمضي العقد في بعض الصفقة ويفسخ في بعضها الآخر، لأن ذلك يؤدي إلى تفرق الصفقة.

ومثل ذلك يقال في الإجازة في البعض، فينشأ عنه تفريق الصفقة في اللزوم وهو لا يجوز إلا برضاهما.

والمالكية يجبرون العاقد على رد الجميع إن أجاز العقد في البعض ورد البعض حيث لم يرض العاقد الشريك. وقال الشافعية: لو أراد الفسخ في أحد الشيئين اللذين فيهما الخيار فالأصح لا يجوز لتفريق الصفقة، أما لو اشترى اثنان شيئا من واحد صفقة واحدة بشرط الخيار فلأحدهما الفسخ في نصيبه.[2]

الأدلة: لكل من القائلين باشتراط علم العاقد الآخر أو عدم اشتراطه أدلة تدور بين وجوه من المعقول والاستشهاد بالنظائر الفقهية.

انتقال خيار الشرط:

أولا ـ انتقال الخيار بالموت:

٥٤ ـ ذهب مالك والشافعي إلى أن خيار الشرط ينتقل إلى الوارث بموت المورث، وذكر أبو الخطاب من الحنابلة وجها بإرث خيار الشرط مطلقا.

وقد علل القائلون بانتقال الخيار للوارث باعتبار الخيار من مشتملات التركة، لأنه حق ثابت لإصلاح المال، كالرهن وحبس المبيع على تحصيل الثمن. واستدلوا بأدلة من السنة والمعقول. فمن السنة قوله ﷺ: «من ترك مالا أو حقا فلورثته»،[1] وخيار الشرط حق للمورث فينتقل إلى الوارث بموته كما يقضي الحديث.

ثم قاسوا خيار الشرط على خياري العيب والتعيين المتفق على انتقالهما للوارث بالموت، بجامع أن كلا من تلك الخيارات يتعلق بالعين فينتقل إلى الوارث بمجرد انتقالها.

وذهب الحنفية إلى أن خيار الشرط لا يورث، ومن عباراتهم في تقرير ذلك قول الزيلعي: الخيار صفة للميت، لأنه ليس هو إلا مشيئة وإرادة فلا ينتقل عنه كسائر أوصافه.

---

(١) الشرح الكبير على المقنع ٤/ ٦٩، والمجموع ٩/ ٢٠٠، والخرشي ٥/ ١٦٠، وفتح القدير ٥/ ١٢٢

(٢) البدائع ٥/ ٢٦٤ و٢٧٣ وفيه تعليل جيد للمنع، وتصريح بجواز هذا التفريق في الثلاث. والدسوقي على الشرح الكبير ٣/ ١٠٤، وتذكرة الفقهاء ١/ ٥٣٣، والمجموع ٩/ ١٩٣

(١) حديث: «من ترك مالا أو حقا فلورثته». أورده العيني (البناية ٦/ ٢٨٢) عند مناقشته أدلة القائلين بانتقال الخيار ولم نعثر على تخريج للرواية المشتملة على كلمة (حقا) فيما لدينا من كتب السنن والآثار. وأما قوله: «من ترك مالا فلورثته» فأخرجه البخاري (٢/ ١٠٩ ـ ط السلفية) ومسلم (٣/ ١٢٣٧ ـ ط الحلبي) من حديث أبي هريرة.

واستدلوا لمذهبهم بأن حق الفسخ بخيار الشرط لا يصح الاعتياض عنه فلم يورث، نظير حق الرجوع في الهبة قبل القبض إذا مات الموهب لم يورث عنه. وقالوا أيضا: خيار الشرط ليس وصفا بالمبيع حتى يورث بإرثه وإنما هو مشيئة وإرادة، فهو وصفٌ قائم بشخص من ثبت له فلا يورث عنه، لأن الإرث يجري فيما يمكن نقله، والوصف الشخصي لا يقبل النقل بحال.[1]

وذهب الحنابلة وحدهم إلى التفصيل بين مطالبة الميت بالخيار قبل موته أو عدم المطالبة، فإن مات صاحب الخيار دون أن يطالب بحقه في الخيار، بطل الخيار ولم يورث، أما إن طالب بذلك قبل موته فإنه يورث عنه. فالأصل أن خيار الشرط غير موروث إلا بالمطالبة من المشترط.[2]

وقد صوره بعض متأخري الحنابلة بأنه نقل، وتوريث من المورث لورثته بإرادته، حيث جاء في الفواكه العديدة قول الفقيه عبدالله بن ذهلان ـ شيخ المؤلف ـ: «إذا مات وورث خياره ورثته، لشرطه لهم فأسقطه أحد الورثة سقط

(١) المجموع ٩/ ٢٢٣ والدسوقي ٣/ ١٠٣ والقواعد لابن رجب ٣١٦، الخرشي ٤/ ٣٩، وفتح القدير ٥/ ١٢٥، والعناية ٥/ ١٢٥

(٢) المغني ٣/ ٥١٨، الفروع لابن مفلح مع تصحيح الفروع للمرداوي ٤/ ٩١، ومنتهى الإرادات ١/ ٣٥٩، وكشاف القناع ١/ ٢١٠ ط ٣٢٥ ومطالب أولي النهى ٣/ ٩٩

خيار الجميع».[1] وقد جاءت تلك العبارة إيضاحا وتقييدا لعبارة أحد الكتب التي جوزت موهمة أن خيار الشرط يورث مطلقا، وليس الأمر كذلك بل يشترط لذلك مطالبة المورث بحق الخيار.

وأما ابن قدامة فقال: المذهب أن خيار الشرط بالنسبة للميت منهما يبطل بموته، ويبقى خيار الآخر بحاله، إلا أن يكون الميت قد طالب بالفسخ قبل موته به فيكون لورثته.[2]

ثانيا: انتقال الخيار بالجنون وحالات الغيبوبة:

٥٥ ـ سبق مذهب الحنفية في أن الجنون يسقط الخيار على تفصيل ينظر في فقرة ٤٤

وأما الشافعية فلا فرق عندهم بين البائع والمشتري: فقد ذهبوا إلى أنه إذا طرأ الجنون ـ أو الإغماء ـ على صاحب الخيار لم ينقطع خياره، بل يقوم وليه أو الحاكم مقامه فيفعل ما فيه الحظ من الفسخ والإجازة وكذلك إذا أصابه خرس ـ ولم تكن له إشارة مفهومة أو كتابة ـ نصب الحاكم نائبا عنه.[3]

ولم نجد للحنابلة كلاما في هذه المسألة.

أما المالكية فقد فرقوا بين الجنون والإغماء:

(١) الفواكه العديدة للمنقور ١/ ٢٢٧

(٢) المغني لابن قدامة، ومطالب ٢/ ٤١٦، والمغني ٣/ ٤٩٤ م ٢٧٦٦ و٣/ ٥٠٣ م ٢٧٨٩، والقواعد لابن رجب ٣١٦

(٣) المجموع ٩/ ٢٣٥

أ ـ ففي المجنــون إذا علم أنــه لا يفيق ، أو يفيق بعد وقت طويل يضـر الانتظار إليـه بالعـاقـد الآخر، ينظر السلطان أو نوابه في الأصلح له من امضــاء أو رد ، ولــو لم ينظر السلطان حتى مضي جزء من المـدة فزال الجنون يحتسب ما مضى من المدة على الظـاهـر، ولــو لم ينظر حتى أفاق بعد أمــد الخيـار لا يستأنف له أجل على الظـاهـر، والبيـع لازم لمن هو بيــده . ومثـل المجنـون ـ في الحكـم ـ المفقــود، على الـراجـح ، وقيـل : هو كالمغمى عليه .

ب ـ وفي الإغماء ينتظر المغمى عليـه لكي يفيق ويختـار لنفسـه ، إلا إذا مضى زمن الخيـار وطـال إغمــاؤه بعـد مضي المدة بما يحصـل به الضـرر للآخر فيفسخ . ولا ينظر له السلطان .

فإن لم يفســخ حتى أفــاق بعـد أيام الخيـار استؤنف له الأجـل . وهـذا الحكم خلاف ما مر في المجنون .[1]

هذا وقـد يزول الطـاري الـذي نقـل الخيار بسببه من صاحبـه إلى غيره، كالجنون النـاقل للخيـار إلى السلطـان ، لو أفاق بعده لا عبرة بما يختـره بل المعتبر بما نظره السـلطان .

هذا ما ذهـب إليـه المـالكيـة ، وخـالفهم فيـه الشـافعيـة ، ففي هـذه الحـال : لو أفـاق العـاقد وادعى أن الغبطة خلاف ما فعله القيّم عنه ينظر

(1) الدسوقي ٣/ ١٠٣ ، الخرشي ٤/ ٩٩ .

الحاكم في ذلك ، فإن وجد الأمر كما يقول المفيق مكنـه من الفســخ والإجـازة ونقض فعل القيّم ، وإن لم يكن ما ادعـاه المفيق ظاهراً . فالقول قول القيّم مع يمينـه ، لأنه أمين فيما فعله إلا أن يقيم المفيق بينة بما ادعاه .[1]

(1) الدسوقي ٣/ ١٠٣ ، والمجموع ٩/ ٢٢٥ ـ ٢٢٦ .

خيار العيب

التعريف:

١ - (خيار العيب)[١] مركب إضافي من الكلمتين (خيار) و(عيب). أما كلمة خيار فقد سبق عند تعريف الخيار بوجه عام بيان معناها اللغوي والاصطلاحي أيضا.

أما كلمة عيب، فهي في اللغة مصدر الفعل عاب، يقال: عاب المتاع يعيب عيبا: أي صار ذا عيب، وجمعه عيوب وأعياب. قال الفيومي: استعمل العيب اسما وجمع على عيوب. والمعيب مكان العيب وزمانه.[٢]

وأما في الاصطلاح فللفقهاء تعاريف متعددة للعيب، منها: ما عرفه به ابن نجيم وابن الهمام بأنه: ما يخلو عنه أصل الفطرة السليمة مما يعد به ناقصا.[٣] وعرفه ابن رشد بأنه: ما نقص عن الخلقة الطبيعية أو عن الخلق الشرعي نقصانا له تأثير في ثمن المبيع.[١]

وعرفه الغزالي بأنه: كل وصف مذموم اقتضى العرف سلامة المبيع عنه غالبا.[٢]

مشروعية خيار العيب:

٢ - لا خلاف بين الفقهاء في الرد بالعيب في الجملة.

واستدلوا بأدلة من الكتاب والسنة والقياس:

فمن الكتاب: استدلوا بعموم قوله تعالى: ﴿إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم﴾[٣] والوجه في الاستدلال أن العلم بالعيب في المبيع مناف للرضا المشروط في العقود، فالعقد الملتبس بالعيب تجارة عن غير تراض.[٤]

فالآية تدل على أن العاقد لا يلزمه المعقود عليه المعيب، بل له رده والاعتراض، بقطع النظر عن طريقة الرد والإصلاح لذلك الخلل في تكوّن المبادلة.[٥]

ومن السنة: عن عائشة رضي الله عنها أن رجلا ابتاع غلاما، فاستغله، ثم وجد به عيبا فرده بالعيب، فقال البائع: غلة عبدي، فقال

(١) هذه التسمية خاصة بالجمهور، ويسمى عند المالكية خيار النقيصة في الغالب.

(٢) القاموس المحيط، وتاج العروس، والمصباح المنير، والمعجم الوسيط، ولسان العرب ٢/ ٦٢٤ - ٦٢٥ (كلها مادة عيب).

(٣) حدود الفقه، لابن نجيم، من مجموعة رسائله المطبوعة عقب الأشباه ١/ ٣٩٧، فتح القدير ٥/ ١٥١

(١) بداية المجتهد ٢/ ١٧٣

(٢) الوجيز ٢/ ١٤٢

(٣) سورة النساء/ ٢٩

(٤) الإيضاح للشماخي ٣/ ١٢١

(٥) بداية المجتهد ٢/ ١٧٣

النبي ﷺ «الغلة بالضمان» وفي رواية: «الخراج بالضمان».[1] واستدل الكاساني بحديث المصراة على مشروعية خيار العيب.[2]

واستدلوا بالقياس على الخيار في المصراة، والجامع بينهما عدم حصول المبيع السليم، لأنه بذل الثمن ليسلم له مبيع سليم ولم يسلم له ذلك.[3]

قال ابن قدامة: إثبات النبي ﷺ الخيار بالتصرية تنبيه على ثبوته بالعيب.[4]

وجوب الإعلام بالعيب، وأدلته:

٣ - وجوبه على العاقد:

ذهب الفقهاء إلى أن على البائع إعلام المشتري بالعيب الذي في مبيعه، وذلك فيما يثبت فيه خيار، أما إن لم يكن مسببا للخيار فترك التعرض له ليس من التدليس المحرم كما قال إمام الحرمين، وقد صرح هؤلاء بأن

(١) حديث عائشة: أخرجه أحمد (٦/ ٨٠ - ط الميمنية) وأخرج اللفظ الثاني أبو داود (٣/ ٧٨٠ - تحقيق عزت عبيد دعاس) وصححه ابن القطان كما في التلخيص الحبير (٣/ ٢٢ - ط شركة الطباعة الفنية)

(٢) بدائع الصنائع ٥/ ٢٧٤ وحديث المصراة أخرجه مسلم (٣/ ١١٥٨ - ط الحلبي) من حديث أبي هريرة، ونصه: «من اشترى شاة مصراة، فهو فيها بالخيار ثلاثة أيام، إن شاء أمسكها وإن شاء ردها، ورد معها صاعا من تمر»

(٣) تكملة المجموع لتقي السبكي ١٢/ ١١٦ - ١١٧

(٤) المغني ٤/ ١٠٩م ٢٩٩٩

الإعلام بالعيب مطلوب على سبيل الوجوب، فإذ لم يبينه فهو آثم عاص، ولا خلاف فيه بين العلماء - على ما ذكر ابن قدامة والسبكي وغيرهما -[1] وجعله ابن رشد (الجد) من أكل المال بالباطل وتحريمه معروف.[2]

ودل على هذا عدة أحاديث، منها:

حديث عقبة بن عامر رضي الله عنه قال: سمعت النبي ﷺ يقول: «المسلم أخو المسلم، ولا يحل لمسلم باع من أخيه بيعا وفيه عيب إلا بينه له».[3]

وعن واثلة بن الأسقع رضي الله عنه قال: قال رسول الله ﷺ: «لا يحل لأحد يبيع شيئا إلا بين ما فيه، ولا يحل لمن يعلم ذلك إلا بينه».[4]

وهناك أحاديث أخرى تشهد للمعنى السابق

(١) رد المحتار ٥/ ٤٧، المغني ٤/ ١٠٩م ٢٩٩٨، تكملة المجموع ١٢/ ١١٠ و١١٢

(٢) المقدمات ص/ ٥٦٩، الدسوقي ٣/ ١١٩، معالم القربة في الحسبة لابن الأخوة ١١٣ و١٣٤ و١٥٣، الدرر البهية للشوكاني ٢/ ١١٦، كفاية الطالب ٢/ ١٢٦

(٣) حديث عقبة بن عامر: «المسلم أخو المسلم». أخرجه ابن ماجه (٢/ ٧٥٥ - ط الحلبي) والحاكم (٢/ ٨ - ط دائرة المعارف العثمانية) وصححه الحاكم ووافقه الذهبي

(٤) حديث واثلة: «لا يحل لأحد يبيع شيئا إلا بين ما فيه». أخرجه أحمد (٣/ ٤٩١ - ط الميمنية). وقال الشوكاني: «في إسناده أبو جعفر الرازي وأبو سباع، والأول مختلف فيه، والثاني قيل إنه مجهول». كذا في نيل الأوطار (٥/ ٢٣٩ - ط الحلبي)

لورودها بتحريم الغش، وكتمان العيب غش - كما صرح السبكي - وذلك كحديث أبي هريرة: «من غشنا فليس منا» أخرجه مسلم وهو وارد في قصة هي: أنه ﷺ مرّ على صُبرة طعام فأدخل يده فيها، فنالت أصابعه بللاً، فقال: «ما هذا يا صاحب الطعام؟» قال: أصابته السماء يارسول الله (يعني المطر) قال: «أفلا جعلته فوق الطعام كي يراه الناس، من غش فليس مني». [1] وهذا الحديث يشير إلى الإعلام بالعيب بالفعل المجزيء عن صريح القول:

وهل يظل الإثم لو رضي المشتري بالعيب بعد ظهوره، ذلك ما جزم به الشوكاني في الدرر البهية قائلاً: (إن رضيه فقد أثم البائع، وصح البيع). [2]

حكم البيع مع الكتمان:

٤ - البيع دون بيان العيب المسبب للخيار صحيح مع المعصية عند جمهور الفقهاء.

واستدلوا بحديث المصراة المثبت الخيار للمشتري، وذلك مبني على صحة البيع، والتصرية عيب، وعامة التدليس للعيب وكتمانه لا يبطل البيع، لأن النهي لمعنى في العقد، فلا يمنع صحة العقد، بخلاف ما لو كان متوجها إلى المعقود عليه لمعنى فيه، أو لاستلزامه أمرا ممنوعا، أما هنا فالعقد ليس منهيا عنه أصلا (لا لمعنى فيه ولا لاستلزامه ممنوعا) بل قد تحقق بكتمان العيب ما هو منهي عنه وهو الغش، وتلك أدنى مراتب النهي الثلاث فلا إثم في العقد، بل الإثم في الكتمان، لأن النهي عن الكتمان لا عن العقد. [1]

ومما هو صريح في الباب من فعل الصحابة ما أخرجه البخاري أن ابن عمر اشترى إبلا هيماً، [2] فلما أخبر بعيبها رضيها وأمضى العقد. [3]

وجوبه على غير العاقد:

٥ - وجوب الإعلام بالعيب لا يقتصر على البائع، بل يمتد إلى كل من علم بالعيب لحديث واثلة - والقصة المروية بأنه فعل ذلك حين كتم البائع العيب - [4] والأحاديث الأخرى العديدة في وجوب النصح، وقد نص على هذا

---

(١) حديث: «من غشنا فليس منا..» وحديث: «من غش فليس مني..» أخرجهما مسلم (١/ ٩٩ - ط الحلبي).

(٢) الدرر البهية للشوكاني بشرح صديق حسن خان (٢/ ١٦٦).

(١) تكملة المجموع ١٢/ ١١٢ - ١١٤، المغني ٣/ ٢٥٨ - ٢٥٩، و ٤/ ١٠٩ ط ١٩٩٨، الدرر البهية للشوكاني ٢/ ١٦٩

(٢) مصابة بداء كالحمى، يجعلها تعطش فلا تروى. المصباح المنير.

(٣) أثر ابن عمر أخرجه البخاري (الفتح ٤/ ٣٢٦ - ط السلفية).

(٤) حديث واثلة تقدم هامش ٤ ف ٣

من الشافعية الشيرازي، وابن أبي عصرون، والنووي، وقال السبكي: وذلك مما لا أظن فيه خلافا.

ويتأكد الوجوب حيث ينفرد الأجنبي بعلم العيب دون البائع نفسه، أما إن كانا يعلمانه فالوجوب حيث يعلم، أو يظن، أو يتوهم أن البائع لم يُعلمه به، أما إن علم قيام البائع بذلك - أو غلب على ظنه أنه يقوم بذلك لتدينه - فهناك احتمالان أحدهما: عدم الوجوب خشية إيغار صدر البائع لتوهمه سوء الظن به، والاحتمال الثاني: وجوب الاستفسار من المشتري هل أعلمه البائع بالعيب.

ووقت الإعلام في حق البائع والأجنبي قبل البيع، ليكف عن الشراء، فإن لم يكن الأجنبي حاضرا، أو لم يتيسر له فعله، ليتمكن المشتري من الرد بالعيب.[1]

حكمة تشريع خيار العيب:

الحكمة في مشروعية خيار العيب دفع الضرر عن العاقد (المشتري) لأنه رضي بالمبادلة بطريق البيع، والبيع يقتضي سلامة المبيع عن العيب، ووصف السلامة يفوت بوجود العيب، فعند فواته يتخير، لأن الرضا داخل في حقيقة البيع، وعند فواته ينتفي الرضا، فيتضرر بلزوم ما لا يرضى به.[1]

شرائط خيار العيب:

٦ - يثبت خيار العيب للمشتري بشرائط ثلاث:

١ - ظهور عيب معتبر.

٢ - أن يكون المشتري غير عالم بالعيب عند العقد.

٣ - أن لا يكون البائع قد اشترط البراءة من العيب.

(الشريطة الأولى) ظهور عيب معتبر:

٧ - المراد بهذه الشريطة بروز العيب وانكشافه بعدما كان خفيا عن المشتري، فلا حكم للعيب قبل ظهوره، لأن المفترض أنه خفي ومجهول للمشتري فكأن المبيع كان سالما - في نظره - حتى وجد فيه عيبا.

والمراد بكونه معتبرا أن يكون عيبا بالمعنى المصطلح عليه فقها - لا مطلق العيب لغة - وأن ذلك لا يتم إلا بأن يتحقق فيه أمران هما:

١ - كون العيب مؤثرا في نقص القيمة أو فوات غرض صحيح.

٢ - كون الأصل في جنس المعقود عليه السلامة من العيب.

---

(١) تكملة المجموع ١٢/ ١١٦

(١) البدائع ٥/ ٢٧٤ والفتاوى الهندية ٣/ ٦٦ نقلا عن السراج الوهاج، العناية شرح الهداية للبابرتي ٥/ ١٥١ - ١٥٦

الأمر الأول - نقص القيمة، أو فوات غرض صحيح:

٨ - ذكر الحنفية هذا الضابط للعيب: هو كل ما يوجب نقصانا في القيمة عند أهل الخبرة سواء نقص العين أم لم ينقصها [١].

وقد يعبر بعض الحنفية - وغيرهم - بالثمن بدل القيمة، وهي المراجحة، قال ابن عابدين: لما كان الثمن في الغالب مساويا للقيمة عبروا به عنها.

والعيب الفاحش في المهر كل ما يخرجه من الجيد إلى الوسط، ومن الوسط إلى الرديء. وإنما لا يرد المهر بيسير العيب إذا لم يكن كيليا أو وزنيا، وأما الكيلي والوزني فيرد بيسيره أيضا [٢].

قال في «الفتاوى الهندية»: والحد الفاصل فيه: كل عيب يدخل تحت تقويم المقومين، بأن يقومه مقوم صحيحا بألف، ومع العيب بأقل، ويقومه مقوم آخر مع هذا العيب بألف فهو يسير، وما لا يدخل تحت تقويم المقومين بأن اتفق المقومون في تقويمه صحيحا بألف، واتفقوا في تقويمه مع هذا بأقل فهو فاحش [٣].

وذهب أبو حنيفة وأبو يوسف إلى أن خيار العيب لا يدخل في الزواج، وقال محمد: للمرأة حق الفسخ بعيوب ثلاثة: الجنون، والجذام، والبرص، لأن المرأة لا تطيق المقام مع زوج فيه أحدها، وجاء في الزيلعي والبدائع أن ذكر هذه الأشياء على سبيل التمثيل، وأن كل عيب تتضرر به المرأة تستحق به فسخ العقد. وذهب الأئمة الثلاثة إلى أن التفريق بسبب العيب، ولكن بعيوب تخل بمقصد الزواج كالعيوب الثلاثة المذكورة.

وتفصيل ذلك في مصطلح: (نكاح).

وضبطه عند الشافعية: النقص للقيمة أو العين نقصانا يفوت به غرض صحيح، بشرط أن يكون الغالب في أمثال المبيع عدمه. وقد اشتمل هذا الضابط على العنصرين المقومين له في حين خلا منه تعريف الحنفية، وقال السبكي: إن هذا الضبط يرجع عن ضوابط كثيرة أحيل فيها على العرف دون ضبط العيب، ومجرد الإحالة على العرف قد يقع منها في بعض الأوقات إلباس [٤] وأن اشتراط فوات

---

(١) رد المحتار ٤/ ٧٤، فتح القدير ٥/ ١٥١، العناية ٥/ ١٥٣، البدائع ٥/ ٢٧٤، وذكر أنه يستوي في الحكم أن يكون النقصان الناشئ من العيب فاحشا أو يسيرا، ويقارن هذا بتفرقة المالكية بين العيب الكثير والمتوسط واليسير، وسيأتي. مغني المحتاج ٢/ ٥١، فتح القدير ٤/ ٦٦

(٢) جامع الفصولين (١/ ٢٤٠) نقلا عن عدة المفتي للنسفي، والفتاوى الهندية (٣/ ٦٦) نقلا عن شرح الطحاوي والبحر الرائق

(٣) الفتاوى الهندية (٦/ ٦٩) متبوعا بعبارة «هذا هو المختار للفتوى».

(٤) تكملة المجموع ١٢/ ٣٤٠

غرض صحيح هو للاحتراز عن النقص اليسير في فخذ شاة أو ساقها بشكل لا يورث شيئا، ولا يفوت به غرض صحة الأضحية، بخلاف ما لو قطع من أليتها ما يمنع التضحية بها.

ويرى الحنابلة أن نقص العين وحده كاف ولو لم تنقص به القيمة، بل زادت، وبالمقابل إن من العيب نقص القيمة (أو المالية بعبارة ابن قدامة) عادة في عرف التجار وإن لم تنقص عينه، على أن تكون تلك النقيصة يقتضي العرف سلامة المبيع عنها غالبا، لأن المبيع إنما صار محلا للعقد باعتبار صفة المالية فما يوجب نقصا فيها يكون عيبا.[1]

وقد ذكر المالكية أن مما يعد عيبا، البيت الذي قتل فيه إنسان وأصبح يوحش ساكنيه وتنفر نفوسهم عنه، ويأبى العيال والأولاد سكناه وتتراءى لهم بسبب تلك الموحشة خيالات شيطانية مفزعة مقلقة. وقد جعلوه مما ينفر الناس عنه، ويقل الرغبة فيه، فيبخس ثمنه، فهو من تطبيقات نقص القيمة.[2]

الأمر الثاني ـ كون الأصل سلامة أمثال المبيع من العيب:

٩ ـ المراد أن السلامة من ذلك الوصف العارض هي الأصل في نوع المبيع وأمثاله، أما إن كان من المألوف وجوده في أمثاله، فإنه لا يعد عيبا معتبرا. وقد اختلفت تعابير الفقهاء عن هذا الأمر مع اتفاقهم عليه. وقد استدركه ابن عابدين على ضابط الحنفية من الشافعية قائلا: وقواعدنا لا تأباه.[1] وضربوا لذلك مثلا بوجود الثفل في الزيت بالحد المعتاد. فمن تعابير الفقهاء في اعتماد هذا الأمر: ليكون العيب معتبرا، التعبير بكون الغالب في جنس المبيع عدمه، أو اقتضاء العرف سلامة المبيع عنه غالبا، أو ما خالف الخلقة الأصلية، أو أصل الخلقة، أو الخروج عن المجرى الطبيعي، أو ما نقص عن الخلقة الأصلية أو الخلق الشرعي (كما يقول ابن رشد)، أو ما خالف المعتاد، أو ما تخلو عنه أصل الفطرة السليمة.[2]

الرجوع للعرف في تحقق ضابط العيب

١٠ ـ تواردت نصوص الفقهاء على أن المرجع في كون العيب مؤثرا (أي مؤديا إلى نقصان القيمة، وكون الأصل في جنس المبيع عدمه)

---

(١) كشاف القناع ٣/ ٢١٥، والمغني ٤/ ١١٥ م ٣٠٦٠

(٢) المعيار للونشريسي، طبعة حجرية بالمغرب ٥/ ١٨٠، والخرشي ٥/ ١٢٧

(١) رد المحتار ٤/ ٧٦

(٢) بداية المجتهد ٢/ ١٧٤، مغني المحتاج ٦/ ٤٠١، الوجيز ١/ ١٤٤، المكاسب ٢٦٧ نقلا عن قواعد الحلي، تذكرة الفقهاء ١/ ٥٤٠، فتح القدير ٥/ ١٥١ شرح المجلة لعلي حيدر (ترجمة الحسيني) ٢٨٤ وشرح المجلة للمحاسني ١/ ٣٦٧ «ما تقتضي الفطرة السليمة أن يكون خاليا منه».

إلى أهل الخبرة بذلك. قال ابن الهمام: وهم التجار، أو أرباب الصنائع إن كان الشيء من المصنوعات، وقال الكاساني: التعويل في الباب على عرف التجار، فما نقص الثمن (أي القيمة) في عرفهم فهو عيب يوجب الخيار.[1]

وقال الحطاب: التعويل في اعتبار الشيء عيبا أو عدمه هو على عرف التجار.. وإن كان عامة الناس من غير التجار يرونه، أو لا يرونه.[2] ولا شك أن ذكر التجار ليس تخصيصا، بل المراد أهل الخبرة في كل شيء بحسبه.

وهل يشترط إجماع أهل الخبرة على الحكم بكون الشيء عيبا؟ هذا ما ذهب إليه الحنفية، فقد ذكر ابن عابدين أنه إذا اختلف التجار فقال بعضهم: إنه عيب، وقال بعضهم: ليس بعيب لم يكن له الرد، إذ لم يكن عيبا بينا عند الكل.

وفي مذهب الشافعية لا يطلب هذا الإجماع بل التعدد غير مطلوب على ما نقل السبكي عن صاحبي التهذيب والتتمة، والاكتفاء بقول واحد، وعن صاحب التتمة لا بد من شهادة اثنين، ثم قال: لو اختلفا هل هو عيب وليس هناك من يرجع إليه فالقول قول البائع مع يمينه.[1]

شرائط تأثير العيب.

١ ـ أن يكون العيب في محل العقد نفسه:

١١ ـ ففي البيع لا بد أن يكون في نفس المبيع، وهذا طبيعي، فالعيوب في غير المبيع لا أثر لها كالعيوب في شخص العاقد الآخر، أو العيب في الرهن المقدم، أو الكفيل ونحوه.. وضرب له ابن عابدين مثلا بما إذا باع حق الكدك (من حقوق الارتفاق في العقار) في حانوت لغيره فأخبر المشتري أن أجرة الحانوت كذا فظهر أنها أكثر، فليس له الرد بهذا السبب، لأن هذا ليس بعيب في المبيع.[2]

٢ ـ أن يكون العيب قديما:

١٢ ـ والمراد بالقديم ما قارن العقد أو حدث قبل القبض. فالمقارن مجمع عليه، ودليل ما وجد قبل القبض، أن المبيع من ضمان البائع فكذا جزؤه وصفته.[3]

أما إذا لم يكن العيب قديما بل حدث بعد التسليم فلا يثبت الخيار، لأنه لفوات صفة

---

(١) بدائع الصنائع ٥/ ٢٧٤، الهداية وفتح القدير ٥/ ١٥٢، والفتاوى الهندية ٣/ ٦٧، والمغني ٤/ ١٣٧، والمبسوط للسرخسي ١٣/ ١٠٦-١٠٧ وقال: «وفي كل شيء إنما يرجع إلى أهل تلك الصنعة»، والمجموع ١٢/ ٣٤٤

(٢) الحطاب على خليل ٤/ ٤٣٦

(١) تكملة المجموع ١٢/ ٣٤٣، ٣٤٤

(٢) رد المحتار ٤/ ٧٤

(٣) شرح الروض ٢/ ٦٠، بداية المجتهد لابن رشد ٢/ ١٧٦

السلامة المشروطة دلالة في العقد، وقد حصل المعقود عليه سليما في يد المشتري، إذ العيب لم يحدث إلا بعد التسليم.

قال المرغيناني: العيب قد يحدث بعد البيع قبل التسليم وهو يوجب الرد.(١)

وقد خالف في هذا المالكية فأخذوا بقضية العهدة: وهي عهدتان، الأولى في عيوب الرقيق ويقولون فيها بعهدة الثلاث، والثانية في عيوب الجنون والجذام والبرص، ويقولون فيها بعهدة السنة، وتفصيله في مصطلح: (عهدة).(٢)

ويستثنى من هذه الشريطة عقد الإجارة، عند الحنفية فقد نصوا على أنها تفسخ بعيب حادث وذلك لأنها عقد على المنافع، وهي تحدث شيئا فشيئا، ووجود العيب يحول دون الانتفاع فيعتبر ولو كان حادثا.(٣)

٣ - أن لا يكون العيب بفعل المشتري قبل القبض:

١٣ - يحترز في منزلة العيب الحادث عند المشتري ما لو كان العيب قديما (حصل قبل القبض) ولكنه وجد بفعل وقع على المبيع من المشتري قبل أن يقبضه. وهذا القيد كالاستثناء على ما قبله. ويدل عليه جملة من الفروع التي ذكرها الشافعية - وقواعد غيرهم لا تأباه - وقد صرح الشيرازي بأنه حينئذ يفقد العيب أثره.(١)

٤ - أن يكون العيب باقيا بعد التسليم ومستمرا حتى الرد:

١٤ - والمراد من بقائه أن يثبت عند المشتري بعد التسليم، إما بأن يظل موجودا في محل العقد بعد القبض، وإما بأن يختفي عند التسليم ثم يظهر ثانية فلا يكتفي بثبوت قدمه عند البائع وظهوره قبل العقد عنده فقط. كي لا يكتفى بظهوره بعد العقد ثم خفائه بعد التسليم، بل لا بد من أن يعود للظهور ثانية عند المشتري بعد التسليم ويستمر باقيا إلى حين الرد.

ففي شريطة البقاء - أو المعاودة - احتراز عن العيب القديم إذا ظهر عند المشتري بعد التسليم، وعزم على الرد، ثم زال العيب قبل الرد.(٢) لأن الرد إنما هو للعيب - فهو سببه - والمعقود عليه أضحى سليما فلا قيام للخيار مع

---

(١) الهداية وفتح القدير ٥/ ١٧١، والبدائع ٥/ ٢٧٥، والفتاوى الهندية ٣/ ٦٦، والمقدمات ص ٥٨٠، وتحفة المحتاج بحاشية الشرواني ٤/ ١٤٠، والشرح الكبير على الفتح ٤/ ٩٠

(٢) بداية المجتهد ٢/ ١٤٤

(٣) رد المحتار نقلا عن جامع الفصولين ٤/ ٧١، وترتيب الأشباه ٣٦٣

---

(١) المجموع شرح المهذب ١٢/ ١٢٦، وحاشية الشرواني على التحفة ٤/ ١٤٠

(٢) الهندية ٣/ ٦٩ نقلا عن السراج الوهاج.

سلامته . هكذا الحكم عند الحنفية والشافعية حيث صرح الكاساني بأن العيب الثابت عند البائع محتمل الزوال قابل الارتفاع ، فلا يثبت حق الرد بالاحتمال ، فلابد في صفة العيب من ثبوتها عند المشتري ليعلم أنها قائمة . وذكر الشرواني من الشافعية أن العيب المعتبر هو ما قارن العقد ، أو حدث قبل القبض ، وقد بقي إلى الفسخ .[1]

٥ ـ أن لا تمكن إزالة العيب بلا مشقة :

١٥ ـ أما لو أمكن ذلك فلا يقوم حق الخيار ، وذلك كما لو كان على القماش طابع المصنع مثلاً ، وكان مما لا يضره الغسل ، أو يمكن جعله من جهة البطانة ، وكما لو كان بالثوب نجاسة وهو مما لا يفسد بالغسل ولا ينتقص ، للتمكن من غسله .[2]

وكثيرا ما يهون البائع من شأن العيب وأنه سهل الإزالة ، أو لا يكلف إلا قليلا لإصلاحه ثم يظهر العكس فما مصير خيار العيب بعد الرضا من المشتري ؟ نص المالكية على ثبوت خيار الرد للمشتري عندئذ مالم يحدث لديه عيب فيتخير بين الرد والأرش ، جاء في نوازل الونشريسي أنه سئل عمن اشترى دابة وبها جرح ومسح ، فرضي بعدما قال البائع له هو جرح لا يضرها ، جرح قد برىء ، فتغيب هذا المشتري نحوا من سنة ثم ظهر الجرح فادحا .

(فأجاب) إن لم يحدث بها عنده عيب مفسد فهو مخير بين أن يردها أو يتماسك ولا شيء له من قيمة العيب ، فإن حدث عند المشتري عيب بعد ، فإن شاء ردها وقيمة العيب الحادث عنده ، وإن شاء أمسكها وأخذ قيمة العيب بين الصحة والداء .[1]

طرق إثبات العيب :[2]

١٦ ـ إثبات العيب يختلف باختلاف العيب من حيث درجة الظهور . والعيب أربعة أنواع :

١ ـ عيب ظاهر مشاهد .

٢ ـ عيب باطن خفي ، لا يعرفه إلا أهل الخبرة .

٣ ـ عيب لا يطلع عليه إلا النساء .

٤ ـ عيب لا يعرف بالمشاهدة المجردة بل يحتاج إلى التجربة والامتحان عند الخصومة .

١ ـ العيب المشاهد : لا حاجة لتكليف

---

(١) الشرواني على تحفة المحتاج لابن حجر ٤/ ١٤٠ ، الفتاوى الهندية ٣/ ٦٩ ، البدائع ٥/ ٢٧٦ ، فتح القدير ٥/ ١٥٣ ـ ١٥٤

(٢) رد المحتار ٤/ ٧٢ وفتح القدير ٦/ ٢

---

(١) المعيار للونشريسي (طبعة حجرية بالمغرب) ٥/ ١٧٨

(٢) رد المحتار ٤/ ٩٤ والبدائع ٥/ ٢٧٩ ، مع الإحالة إلى مواطن هذا الموضوع ، كالفتاوى الهندية ٣/ ٨٦ ـ ٩٤ جامع الفصولين ٢/ ٢٠٠ ، فتح القدير ٥/ ١٧٦ تذكرة الفقهاء ٢/ ٥٢٤ ، كشاف القناع ٣/ ١٧٣ ، الشرح الكبير على المقنع ٤/ ١٠٠ ، الخرشي ٥/ ١١٩ ، مغني المحتاج ٢/ ٦١ ، المبسوط ١٣/ ١٦٦

المشتري إقامة البينة على وجود العيب عنده، لكونه ثابتا بالعيان والمشاهدة. وللمشتري حق خصومة البائع بسبب هذا العيب، وللقاضي حينئذ النظر في الأمر.

فإن كان العيب لا يحدث مثله عادة في يد المشتري، كالأصبع الزائدة ونحوها، فإنه يرد على البائع، ولا يكلف المشتري بإقامة البينة على ثبوت العيب عند البائع لتيقن ثبوته عنده، إلا أن يدعي البائع الرضا به والإبراء عنه، فتطلب البينة منه.

فإن أقام البينة عليه قضي بذلك، وإلا استحلف المشتري على دعواه، فإن نكل (امتنع عن اليمين) لم يرد المبيع المعيب على البائع، وإن حلف رد على البائع. وأما إن كان العيب مما يجوز أن يحدث مثله في يد المشتري فإنه يستحلف بالله على البتات، أي بشكل بات قاطع جازم، لا على مجرد نفي العلم: «لقد بعته وسلمته، وما به هذا العيب، لا عند البيع ولا عند التسليم».[1]

٢ ـ العيب إذا كان باطنا خفيا لا يعرفه إلا المختصون كالأطباء والبياطرة مثل وجع الكبد والطحال ونحوه، فإنه يثبت توجه حق الخصومة بشهادة رجلين مسلمين، أو رجل مسلم عدل من أهل الخبرة.

(١) رد المحتار ٤/ ٩٢، ومختصر الطحاوي ص ٨١

٣ ـ العيب الذي لا يطلع عليه إلا النساء: يرجع القاضي فيه إلى قول النساء بعد أن يرين العيب، ولا يشترط العدد فيهن، بل يكفي قول امرأة واحدة عدل، والثنتان أحوط، لأن قول المرأة فيما لا يطلع عليه الرجال حجة في الشرع، كشهادة القابلة في النسب.

فإذا شهدت المرأة على العيب، فهناك روايات متعددة عن كل واحد من صاحبي أبي حنيفة، وحاصلها أن شهادة المرأة الواحدة أو الثنتين يثبت بها العيب الذي لا يطلع عليه الرجال في حق توجه الخصومة، لا في حق الرد.

٤ ـ العيب الذي ليس يشاهد عند الخصومة ولا يعرف إلا بالتجربة: كالإباق: فلا يثبت إلا بشهادة رجلين أو رجل وامرأتين.[1]

وإذا لم يستطع المشتري إثبات العيب عنده، هل يستحلف القاضي البائع على ذلك أم لا؟

قال الصاحبان: يستحلف. وقال أبو حنيفة: لا يستحلف.

وكيفية استحلاف البائع: هي أن يحلف على العلم، لا على البتات أي الجزم والقطع فيقول: بالله ما يعلم أن هذا العيب موجود في هذا الشيء الآن، والسبب في ذلك: هو أنه يحلف على غير فعله، ومن حلف على غير فعله، يحلف على العلم، لأنه لا علم له بما

(١) تكملة المجموع ١٢/ ١٦٦

ليس بفعله، أما من حلف على فعل نفسه فيحلف على البتات (أي بصيغة البت والجزم)، فإن نكل أي البائع عن اليمين، ثبت العيب عند المشتري، فيثبت له حق الخصومة، وإن حلف برئ.[4]

(الشريطة الثانية) الجهل بالعيب:

١٧ ـ فلابد أن يكون المشتري غير عالم بالعيب، قال السبكي: «عند العلم لا خيار».[2]

وسواء في العلم المحترز عنه أن يكون عند العقد أو بعده عند القبض، فلو اشترى شيئا وهو عالم بعيبه عند العقد، أو اشتراه جاهلا بعيبه ثم علم به عند القبض فقبضه عالما بعيبه لم يكن له حق الخيار، لأن إقدامه على الشراء مع علمه بالعيب رضا به دلالة، وكذلك علمه عند القبض، لأن تمام الصفقة متعلق بالقبض، فكان العلم عنده كالعلم عند العقد. فكان عليه لبقاء حقه في الخيار أن يمتنع من القبض عند علمه بالعيب، فلما لم يفعل كان راضيا به. قال ابن الهمام: (العلم بالعيب عند البيع أو القبض مسقط للرد والأرش).[3]

١٨ ـ ومن المقرر أن خيار العيب إنما هو للعيوب الخفية التي لا تدرك بالنظر، أما لو كان العيب بارزا لا يخفى عند الرؤية غالبا فيعتبر المتعاقد عالما به. ومثله ما لو كان يحتاج إلى مزيد تأمل فدل البائع المشتري على موضع العيب أو صفته، فإن ذلك يحول دون ثبوت الخيار للمتعاقد الآخر الذي تعامى عن إبصار العيب الواضح. كما لا يقبل قوله إنه لم يره، بخلاف ما إذا كان العيب لا يعاين، فهو على الأصل من قيام الخيار بشرائطه.[1]

ومن ذلك ما لو كان العيب خفيا، لكن المتعاقد صرح به وذكره على سبيل اشتراط أنه موجود ظاهر. كما لو كان المبيع ثورا باعه على شرط أنه يرقد في المحراث أو يعصي في الطاحون، أو باع فرسا على شرط أنها جموح، ثم تبين كذلك، فالبائع برئ.

وليس من ذلك ما لو كان يحتاج إلى خبرة خاصة. ومثلوا لذلك بما إذا أقبض المشتري الثمن، وقال للبائع انتقده فإن فيه زيفا، فقال: رضيت بزيفه فطلع فيه زيف، ذكر ابن حجر الهيتمي: أن بعضهم أفتى بأنه لا رد له معه، ولم يرتضه قائلا. ووجه رده أن الزيف

---

(١) تكملة المجموع ١٢/ ١١٦

(٢) المرجع نفسه

(٣) الفتح ٥/ ١٧٩، الهداية ٣/ ٣٧، فتح القدير ٥/ ٨١ و١٥٣ ونص ما في الهداية (٥/ ١٥٣): «والمراد عيب كان عند البائع ولم يره المشتري عند البيع ولا عند القبض، لأن ذلك رضا به».

(١) تحفة المحتاج شرح المنهاج لابن حجر الهيتمي ٤/ ١٥٦

لا يعرف قدره في الدرهم بمجرد مشاهدته فلم يؤثر الرضا به. ويفهم من هذا أن الإعلام بالعيب - الذي ينتفي به الخيار - هو الإعلام المفيد، وهنا لم يستفد إلا وجود زيف في الثمن، أما كم هو؟ فلم يحدد.(١)

١٩ - وقد تعرض الفقهاء إلى صورة ربما كانت نادرة في السابق، إلا أنها أصبحت الآن محتملة الوقوع كثيرا لتنوع خصائص الأشياء وخفاء عللها، بحيث يرى المرء الأمر الذي يلابسه العيب ولكنه يظن أنه ليس بعيب، أو يعلمه عيبا ولكن يحسبه لا ينقص القيمة وهو بخلاف ذلك. فإذا علم المشتري بالأمر المعتبر عيبا دون أن يدري أنه عيب وقبضه، ثم علم بعد القبض أنه عيب، فالحكم هنا أن ينظر: إن كان عيبا بيّنا لا يخفى على الناس لم يكن له الرد، وإن كان يخفى ولا يعرفه إلا ذوو الخبرة أو المختصون بتلك الأشياء فله الرد.

(الشريطة الثالثة) عدم البراءة:

٢٠ - يشترط لقيام الخيار أن لا يكون البائع قد اشترط البراءة من العيب أو العيوب التي في المبيع. ولهذه الشريطة تفاصيل وافية، بل اقترانها بالبيع يجعل منه نوعا خاصا من أنواع البيوع يدعى بيع البراءة.(٢)

(١) الشرواني على تحفة المحتاج ٤/ ١٥١ - ١٥٢

(٢) قال السبكي: هذا الفصل جدير بباب مستقل، بوّب عليه المزني والأصحاب بباب بيع البراءة وكثير من الأصحاب =

مسائل البراءة:

٢١ - حكمها ومجالها: اشتراط البراءة من العيب جائز عند الحنفية سواء أكان العيب معلوما للمشترط أم مجهولا له، ومهما كان محل العقد، وأجازه مالك والشافعي في الحيوان وحده،(١) لأن الحيوان قلما ينفك عن عيب خفي أو ظاهر فيحتاج فيه إلى شرط البراءة ليثق بلزوم البيع فيما لا يعلمه من الخفي دون ما يعلمه.(٢)

والأصل في اعتبار البراءة من العيب أثر عبدالله بن عمر رضي الله عنهما حين باع غلاما له بثمانمائة درهم، وباعه بالبراءة، فقال الذي ابتاعه لعبدالله بن عمر: بالغلام داء لم تسمه لي. فاختصما إلى عثمان بن عفان، فقال الرجل: باعني عبدا وبه داء لم يسمه. وقال عبدالله: بعته بالبراءة. فقضى عثمان بن عفان على عبدالله بن عمر أن يحلف له: لقد باعه العبد وما به داء يعلمه. فأبى عبدالله أن

= ادرجوه في هذا الباب (أي عهدة العيب) لأنه من مسائله (١٢/ ٣٩٨) وشرح المنهج للقاضي زكريا (٣/ ١٣٢ - ١٣٣)، وهو منهج ابن رشد ٢/ ١٨٤، وقد جعل بيع البراءة في البيع المطلق.

(١) قال ابن جزي: وقيل يجوز في كل مبيع (القوانين الفقهية ٢٥٦)، الفروق ٣/ ١٦٩

(٢) في المقدمات لابن رشد ٥٨٠ التصريح بأن البراءة لا تفيد إلا في عيب لم يعلمه البائع، أما إن كان علمه فعلى به فلا.

يحلف، وارتجع العبد، فصح عنده، فباعه عبدالله بعد ذلك بألف وخمسمائة درهم.[1]

تلخيص مذاهب العلماء في اشتراط البراءة:

٢٢ ـ الاتجاه الأول: أن يبرأ من كل عيب، علمه البائع أو لم يعلمه. وهو مذهب أبي حنيفة وأبي ثور، وروي عن ابن عمر وزيد.

الثاني: لا يبرأ من شيء من العيوب حتى يسميه، سواء أكان العيب مما يعاين أم لا، وهو مذهب ابن أبي ليلى وسفيان الثوري.

الثالث: لا يبرأ من شيء من العيوب حتى يضع يده عليه، والمراد بوضع اليد، إما المعاينة، وهو قول للشافعية فيما يمكن رؤيته، وإما حقيقة وضع اليد، وهو ظاهر النقل عن شريح وعطاء ورواية في مذهب أحمد ومذهب إسحاق.

الرابع: لا يبرأ إلا من العيب الباطن الذي لم يعلم به في الحيوان خاصة، وهو مذهب مالك الذي ذكره في الموطأ والقول الظاهر من مذهب الشافعي.

الخامس: أن البراءة إنما هي في بيع السلطان للمغنم، أو على مفلس، أو في ديون الميت، كما قال بعضهم.

السادس: بطلان البيع أصلا وهو قول في مذهب الشافعية.[1]

أقسام وأحكام البراءة:

٢٣ ـ تنقسم البراءة أولا إلى نوعين: خاصة، من عيب معين مسمى، وعامة من جميع العيوب ـ أو من كل عيب ـ ولا أثر لهذا التقسيم في الحكم غير أثر الشمول لكل عيب أو الاختصاص بالعيب المسمى. على أن بعض الفقهاء منع العامة لأنها تشمل العيب الذي يحدث قبل التسليم ولم يكن موجودا وقت العقد، في حين أجازها الآخرون وحملوها على ما يرونه جائزا: دخول الحادث أو عدمه.

٢٤ ـ لكن للبراءة تقسيما آخر ذا أثر كبير،[2] وهو أنها: إما أن تكون مقيدة بالعيب الموجود عند العقد، وإما أن تصدر مضافة إلى العيب الحادث بعد العقد وقبل القبض مع الموجود عند العقد، وإما أن ترد مطلقة لا مقيدة ولا مضافة.

أ ـ فإذا كان اشتراط البراءة في صورة التقييد بالعيب ـ أو العيوب ـ الموجودة عند العقد، وذلك بمفاد من عبارة: «على أني بريء من

---

(1) أثر عبد الله بن عمر حين باع غلاما له، أخرجه مالك في الموطأ (٢/ ٦١٣ ـ ط الحلبي). وعند البيهقي في السنن (٥/ ٣٢٨ ـ ط دائرة المعارف العثمانية) وأورده الشافعي زكريا الأنصاري في شرح الروض ٢/ ٦٣. وقال في الشامل: إن المشتري زيد بن ثابت

---

(1) تكملة المجموع ١١/ ٣٩٩ ـ ٤٠٠، ٤٠٦ ـ ٤٠٧

(2) البدائع ٥/ ٢٧٧، فتح القدير ٥/ ١٨٣

كل عيب به، أو «من عيب كذا به»، فلا خلاف في أن البراءة على هذه الصورة ونحوها لا تتناول إلا ما كان قائما وقت العقد، دون ما يحدث بعده إلى حين التسليم. ولا فرق بين صدور البراءة على وجه العموم أو الخصوص؛ وذلك لأن اللفظ تقيد بوصف لا يتناول غير الموصوف بتلك الصفة.

ب ـ إذا كان اشتراط البراءة فيه إضافة للمستقبل، بأن كانت صريحة بالتنصيص على العيب الحادث بعد العقد قبل القبض فلا يصح هذا الاشتراط، والعقد معه فاسد. أما عدم صحة الشرط فلأن الإبراء لا يحتمل الإضافة إلى زمن مستقبل (ولا التعليق بالشرط) فهو ـ وإن كان إسقاطا ـ فيه معنى التمليك، وهذا لا يحتمل الارتداد بالرد. وأما فساد العقد، فلأنه بيع أدخل فيه شرط فاسد فيفسد. وكذلك مذهب الشافعية وهو شامل لما لو نص على العيب الكائن والحادث، أو أفرد الحادث بالذكر، والأخير أولى بالفساد.

ج ـ إذا كان اشتراط البراءة بصورة الإطلاق من غير بيان المراد أهو البراءة من العيب الموجود أم منه ومن الحادث (ويستوي في هذه الصورة أيضا أن تجيء عامة: على أني بريء من العيوب، أو من كل عيب، أو خاصة: من عيب كذا ـ وسواه ـ) فللأئمة الحنفية رأيان في المراد بها:

أحدهما: شمول البراءة لما هو قائم عند العقد، وما يحدث بعده إلى القبض، وهو ما ذهب إليه أبو حنيفة وأبو يوسف، وهو مذهب الشافعي أيضا.[1]

والرأي الثاني: اقتصار البراءة على العيوب الموجودة عند العقد، وهو ما ذهب إليه مالك ومحمد بن الحسن وزفر والحسن بن زياد، وهو قول لأبي يوسف أيضا.[2]

العقود التي يثبت فيها خيار العيب[3]

٢٥ ـ ذكر فقهاء الحنفية أن خيار العيب يثبت في العقود التالية: البيع أو الشراء، والإجارة، والقسمة، والصلح عن المال، وبدل الصلح عن دم العمد، وفي المهر، وبدل الخلع.[4]

١ ـ أما ذكر البيع والشراء معا فلمراعاة ظهور العيب في المبيع أو الثمن، فيذكر ثبوته في الشراء إذا لوحظ كون العيب في المبيع، وإذا لوحظ كون العيب في الثمن ذكر ثبوته في البيع، لكنهم يصورونه غالبا في الشراء، لأن العيب في المبيع لأن الغالب في الثمن الانضباط فيقل ظهور

(١) البدائع ٥/٢٧٧، ونهاية المحتاج ٤/٣٨، والشرقاوي ٢/٥٣، وشرح البهجة ٢/٤٣٢، وتكملة المجموع ١٢/٣٤٤ ـ ٣٤٥

(٢) البدائع ٥/٢٧٧، وفتح القدير ٥/١٨٣ ونقله عن الشافعي ـ وقد عرفت من كتبهم خلافه ـ، والمبسوط ١٣/٩٤، والخرشي ٣/١١٩ نقلا عن ابن عرفة.

(٣) من مراجعه بداية المجتهد ٢/١٩٩، المبسوط ١٥/١٠٢

(٤) رد المحتار ٤/٧١ نقلا عن جامع الفصولين، وشرحه ٢/١٥٠ بتصرف.

المعيب فيه . ورد واحد من البيع (أو الشراء) الصحيح لا الفاسد ، لوجوب فسخه بدون الخيار.[1]

ويشمل البيع عقد الصرف ، لأن السلامة عن العيب مطلوبة عادة فيه ، سواء أكان بدل الصرف من الأثمان كالتبر والنقرة ، أم الديون كالدراهم والدنانير المضروبة ، إلا أن بدل الصرف إذا كان عينا ورده بالعيب ينفسخ العقد سواء رده في المجلس أو بعد الافتراق ، ويرجع على البائع بما نقد ، وإن كان دينا بأن وجد الدراهم المقبوضة زيوفا فردها في المجلس ينفسخ العقد بالرد ، حتى لو استبدل مكانه مضى الصرف ، وإن رده بعد الافتراق بطل الصرف عند أبي حنيفة وزفر خلافا لأبي يوسف ومحمد.

٢ - الإجارة : ولو حدث العيب بعد العقد والقبض ، بخلاف البيع ، أي يثبت فيها الخيار سواء أكان العيب قديما أم حادثا . لأنه ينفرد صاحب الخيار بالرد فيها قبل القبض وبعده . وفي البيع ينفرد قبله فقط.[2]

٣ - القسمة : فإذا وجد بعض الشركاء في نصيبه بعد القسمة عيبا قديما كان له الخيار.[3]

٤ - الصلح عن المال .

٥ - المهر .

٦ - بدل الخلع .

٧ - بدل الصلح عن دم العمد .

وهي تفارق ما سبق من محال خيار العيب ، بأن الرد فيها إنما هو بالفاحش من العيب لا اليسير .

٢٦ - وقد ذكر ابن رشد أن العقد بالنسبة لكونه محلا لخيار العيب ينقسم إلى ثلاثة أنواع :

١ - ما هو محال له بلا خلاف ، وهو العقود المقصود بها المعاوضة .

٢ - ما ليس محالا له بلا خلاف . وهو العقود التي ليس المقصود بها المعاوضة .

وذلك مثل الهبة لغير العوض ، والصدقة

٣ - ما فيه خلاف ، والأشهر أنه ليس محالا له ، وهو العقود التي جمعت قصد المكارمة والمعاوضة مثل الهبة بقصد العوض .[1] وهذا الضابط لمجال خيار العيب تشهد له تفريعات المذاهب فلم نجد تعدادا للعقود التي يثبت فيها عند غير الحنفية .

توقيت خيار العيب :

٢٧ - فيه ثلاثة آراء .

الرأي الأول : أنه على الفور .

فتجب المبادرة للفسخ وإلا سقط . وهو مذهب

(١) رد المحتار ٤ / ٧٢ نقلا عن البحر ، وانظر في جامع الفصولين عشرين ١ / ٣٤٤

(٢) جامع الفصولين ١ / ٣٥٠ نقلا عن الزيادات ، ورد المحتار ٤ / ٦٤

(٣) رد المحتار ٤ / ٦٣ ، جامع الفصولين ١ / ٣٥٠

(١) بداية المجتهد ٢ / ١٧٥

من الفورية: الزمن الذي يمكن فيه الفسخ بحسب العادة. فلو علمه عند العقد أو بعده ولم يفسخ فهو من ضمانه ولا يرجع بأرش العيب.[1]

وهذا مذهب الشافعية ورواية في مذهب أحمد على ما ذكره القاضي أبو يعلى من تعدد الرواية فيه. وهو رأي لدى الحنفية ذكره صاحب الحاوي ومفاده: أنه إذا أمسك المعيب بعد الاطلاع على العيب مع قدرته على الرد كان رضا. وقال ابن نجيم عن هذا الرأي: إنه غريب، والمعتمد أنه على التراخي.[2]

والمراد من المبادرة التي يسقط الخيار بتركها، أن يبادر على العادة.

ولو قال: لم أعلم أن الرد على الفور يقبل قوله إن كان ممن يخفى عليه.

وحيث بطل حق الرد بالتقصير يبطل حق الأرش أيضا ولابد من بينة[3]

قال القاضي زكريا: هذا في بيع الأعيان، بخلاف ما في الذمة فهو على التراخي لأنه لا يملكه ملكا مستقرا إلا بالرضا - ولو قبضه - لأنه غير معقود عليه.

وكذلك لا يجب الفور في طلب الأرش.[1]

واستدل الشافعية بدليلين: أحدهما أن الأصل في البيع اللزوم ثم ثبت خيار العيب بالإجماع وغيره، والقدر المحقق من الإجماع ثبوته على الفور، والزائد على ذلك لم يدل عليه إجماع ولا نص، فيكون على مقتضى اللزوم تقليلا لمخالفة الدليل ما أمكن، ولأن الضرر المشروع لأجله الخيار يندفع بالمبادرة، فالتأخير تقصير، فيجري عليه حكم اللزوم.

والدليل الثاني: القياس على حق الشفعة لورود النص فيها وكلاهما خيار ثبت بالشرع لا للتروي، بل لدفع الضرر.[2]

الرأي الثاني - أنه على التراخي:

٢٨ - فلا يسقط بالتأخير ما لم يوجد منه - على المعتمد - ما يدل على الرضا.

وهو مذهب الحنفية - على المعتمد - والحنابلة على الرواية المصححة من المذهب، وصنيع أبي الخطاب منهم أنه هو المذهب دون أن يشير إلى تعدد الرواية فيه.

---

(١) شرح الروضة ٢/ ٦٦ و٦١، تكملة المجموع ١٢/ ١٣٤، فتح القدير ٥/ ١٧٨

(٢) فتح القدير ٥/ ١٧٨، رد المحتار ٤/ ٩٠، المغني ٤/ ١٠٩م ٣٠٠٠، كشاف القناع ٣/ ٢١٨ ونقل عن الاختيارات: يجبر المشتري على الرد أو أخذ الأرش لتضرر البائع بالتأخير

(٣) تكملة المجموع ١٢/ ١٣٧ - ١٣٩، وذكر أن محل الكلام في المبادرة وما يكون تقصيرا وما لا، هو كتاب الشفعة، ومغني المحتاج ٢/ ٥٦، وشرح المنهج بحاشية الجمل ٣/ ١٤٦

(١) شرح المنهج بحاشية الجمل ٣/ ١٣٩، نهاية المحتاج ٤/ ٤٢ - ٤٩

(٢) تكملة المجموع ١٢/ ١٣٥ - ١٣٦

واستدل القائلون بأنه على التراخي بأنه خيار لدفع ضرر متحقق، فكان على التراخي، كالقصاص. ولم يسلموا بدلالة الإمساك على الرضا به.

الرأي الثالث: توقيته بيوم أو يومين:

٢٩ ـ ويفترق الحكم بالرد فإن حصل في يوم فأقل لم يحتج لرده إلى اليمين، بعدم حصول رضاه، وإن تأخر إلى يومين رده مع اليمين بأنه ما رضي بالمعقود عليه. وهو مذهب المالكية.

ومستندهم كالمستند السابق، إلا أنهم جعلوا من انقضاء اليوم أو اليومين بلا رد دليلاً على الرضا.[١]

أثر خيار العيب على حكم العقد:

٣٠ ـ إن وجود خيار العيب في العقد لا أثر له على حكم العقد الذي هو انتقال الملك، فملك المبيع يثبت للمشتري حالاً، وملك الثمن ينتقل إلى البائع في الحال، لأن ركن البيع مطلق عن الشرط. والثابت بدلالة النص شرط السلامة لا شرط السبب (كما في خيار الشرط) ولا شرط الحكم (كما في خيار الرؤية) وأثر شرط السلامة يقتصر على منع لزوم العقد ولا سلطان له على منع أصل حكم العقد.[٢]

(١) الدسوقي على الشرح الكبير ٣/ ١٢١، الخرشي ٥/ ١٤٣، والحطاب ٤/ ٤٤٢

(٢) البدائع ٥/ ٢٧٣ ـ ٢٧٤

صفة العقد مع خيار العيب:

٣١ ـ الملك مع خيار العيب غير لازم، لأن السلامة شرط في العقد دلالة، فما لم يسلم المبيع، لا يلزم البيع فلا يلزم حكمه. وقد استدل الكاساني[١] لكون السلامة مشروطة في العقد دلالة بأنها في البيع مطلوبة المشتري عادة إلى آخر الوقت، لأن غرضه الانتفاع بالمبيع، ولا يتكامل انتفاعه إلا بقيد السلامة، ولأنه لم يدفع جميع الثمن إلا ليسلم له جميع المبيع، فكانت السلامة مشروطة في العقد دلالة (فكانت كالمشروطة نصا) فإذا فاتت المساواة كان له الخيار.

٣٢ ـ وللفقهاء اتجاهات ثلاثة في تحديد ما يثبت للمشتري عند قيام خيار العيب:

١ ـ التخيير بين أمرين هما الرد، أو الإمساك بجميع الثمن. وبعبارة أوضح هي: التخيير بين أمرين اثنين: أن يفسخ العقد ويرد المبيع المعيب ويسترد الثمن، أو أن يمضي العقد ويمسك المعيب بجميع الثمن دون أن يرجع على البائع بالأرش (نقصان المعيب) فعلى هذا الاتجاه ليس للمشتري أن يمسك المعيب ويأخذ الأرش وهو نقصان العيب، إلا في حال تعذر الرد بأحد الموانع التي ستأتي، فحينئذ له

(١) بدائع الصنائع ٥/ ٢٧٤، المبسوط ١٥/ ١٠

بالإمساك مع الأرش لكنه على سبيل الخلف عن الرد ولا يثبت أصالة.

وهذا الاتجاه هو مذهب الحنفية والشافعية.

قال الشيرازي: لأنه لم يرض إلا بمبيع سليم بجميع الثمن فلم يجبر على إمساك معيب ببعض الثمن. وقال الكاساني: لو قال المشتري: أنا أمسك المعيب وآخذ النقصان ليس له ذلك، لأن قوله: أمسك المعيب دلالة الرضا بالعيب وأنه يمنع الرجوع بالنقصان. وقال بعضهم: لأن حق الرجوع بالنقصان كالخلف عن الرد، والقدرة على الأصل تمنع المصير إلى الخلف.[1]

٢ ـ التخيير بين أمرين اثنين أيضاً، لكنهما هنا: الرد ـ كما سبق ـ أو الإمساك مع الأرش ولو لم يتعذر الرد وسواء رضي البائع بدفع الأرش أو سخط به. ففي هذا الاتجاه الفقهي لا مكان للإمساك بدون أرش بل هو من لوازمه.

وهو مذهب أحمد بن حنبل ـ وإسحاق بن راهويه ـ.

واستثنى الحنابلة ما إذا كان الإمساك مع الأرش يؤدي إلى الربا، فحينئذ يكون التخيير بين الرد أو الإمساك مجاناً، ومثاله: شراء حلي فضة بزنته دراهم فضة، وشراء قفيز مما يجري فيه الربا، إذا اشتراه بمثله، ثم وجده معيباً، وذلك لأن أخذ الأرش يؤدي إلى ربا الفضل، أو إلى مسألة (مُدّ عَجْوة).[1]

وبسبب اختلاف النظر إلى نقص العيب، هل هو نقص أصل أو نقص وصف؟ نجد الحنفية والشافعية (والمالكية في العيب الكثير) هو نقص وصف ولهذا يخير بين الرد والإمساك بدون شيء، وعند الحنابلة هو نقص أصل، ولهذا يخير بين الرد والإمساك مع الرجوع بالنقصان.[2]

٣ ـ التفرقة بين العيب الكثير، والعيب اليسير ـ ويسمونه غالباً: القليل المتوسط ـ (بعد إخراج العيب القليل جداً الذي لا ينفك عنه المبيع لأنه لا حكم له كما قال ابن رشد الجد).

ففي العيب الكثير ـ وقد سبق بيان حده، وأن الراجح في تقديره عند ابن رشد: عشرة في المائة، وعند غيره: الثلث ـ لا يختلف مذهب المالكية عن مذهب الحنفية والشافعية (أصحاب الاتجاه الأول) يخير المشتري بين الرد والإمساك مجاناً، بلا أرش، وهذا الحكم في العيب الكثير سماه ابن جزي (عيب رد).

---

(١) المبسوط ١٣/ ١٠٣، البدائع ٥/ ٢٨٨ و٢٨٩، فتح القدير ٥/ ١٥٢، البحر الرائق ٦/ ٣٩، الفتاوى الهندية ٣/ ٦٦، نهاية المحتاج ٤/ ٢٤، المهذب للشيرازي وتكملة المجموع ١٢/ ١٦٥.

(١) المغني ٤/ ١٠٩ (١١١) م ٢٩٩٩ و٣٠٠٠، ومطالب أولي النهى ٣/ ١١٣، كشاف القناع ٣/ ٢١٨، ومنتهى الإرادات ١/ ٣٦٢.

(٢) الإيضاح للشماخي ٣/ ٤٤٢.

أما في العيب المتوسط فالمشهور التفريق بين الأصول (العقارات من دور ونحوها) وبين العروض (وهي ما عدا العقار):

ففي العقارات لا يكون للمشتري الرد بهذا العيب المتوسط بل له الرجوع بالأرش.

أما في العروض، فظاهر الروايات في المدونة أنه يجب فيها الرد سواء كان العيب متوسطا أو كثيرا. وقيل: إن العروض كالأصول لا يجب الرد في العيب المتوسط وإنما فيه الرجوع بالقيمة.(1)

وذكر ابن رشد (الجد) أن شيخه الفقيه أبا بكر بن رزق كان يحمل ظاهر الروايات على التسوية بين العروض والأصول في أن حكمها الرجوع بالقيمة إذا كان العيب متوسطا، وأشار ابن رشد إلى أن لتأويله هذا ما يؤيده من رواية زياد عن مالك في الثياب.(2) ولعله استنادا لهذه الرواية كان بعض شيوخ ابن يونس يرون أن الثياب في ذلك كالدور.

الرد وشرائطه

٣٣ ـ يشترط لصحة الفسخ أو الرد ما يلي:

١ ـ قيام الخيار، وهذه الشريطة يقتضيها أن الفسخ في الخيار إنما هو لأن العقد غير لازم، فإذا سقط الخيار لزم العقد، والعقد اللازم لا يحتمل الفسخ.(1)

٢ ـ أن يكون المردود على الوصف الذي كان مقبوضا:

والمراد أن لا يلحق بالمبيع عيب زائد عن العيب القديم، فكما قبض المشتري المبيع عليه أن يرد غير معيب بعيب زائد كعيب الشركة الناشئ عن تفرق الصفقة، أو العيب الحادث.(2)

٣ ـ أن لا يتضمن الفسخ تفريق الصفقة قبل التمام:

وهو ما قبل قبض المبيع كله، لما يترتب على التفريق من عيوب، أحدها عيب الشركة كما سيأتي. قال الكاساني: وهذا المتبع فيما إذا لم يرض البائع، إذ لو رضي لجاز، لأنه حينئذ ضرر مرضي من جهته لا يجب دفعه عنه(3) وفي هذا يقول ابن حجر:

---

(١) المقدمات ٥٧٠، بداية المجتهد ٢/ ١٤٨

(٢) المقدمات ٥٧٠، الحطاب والمواق ٤/ ٤٣٠، والخرشي بحاشية العدوي ٥/ ١٢، والدسوقي على شرح الدردير لخليل ٣/ ١١٦

(١) البدائع ٥/ ٢٧٣ و٢٨٦ و٢٩٨، الفتاوى الهندية ٣/ ٨١ ـ ٨٢، رد المحتار ٤/ ٩٣، الخرشي ٤/ ١٦ وغيره من شروح خليل.

(٢) البدائع ٥/ ٢٨٤ و٢٨٦ مستخلصا من توجيه قول أبي حنيفة في منع أحد الشريكين لشراء واحد من رد نصيبه على البائع.

(٣) البدائع ٥/ ٢٨٧، فتح القدير ٥/ ١٦٥، الفتاوى الهندية ٣/ ٧٦ و٨١ و٨٢ و٨٣، وفيه تفصيلات دقيقة لما يعتبر صفقة واحدة يمتنع تفريقها وما ليس كذلك.

(إذا اتحد المبيع صفقة لا يرد المشتري بعضه بعيب قهرا، إلا إذا كان البعض الآخر للبائع فحينئذ يرد عليه البعض قهرا، وهو المعتمد من الشافعي ومن تبعه، لأن العلة الصحيحة في امتناع رد البعض إنما هي الضرر الناشيء من تبعيض الصفقة عليه .. والتعليل باتحاد الصفقة وتفريقها بمجرده لا يصلح للتعليق، وإنما رجح العلة ما فيه من الضرر غالبا فآلت العلتان إلى شيء واحد وهو انتفاء الضرر).[1]

٣٤ ـ وتفريق الصفقة قبل قبض المبيع كله لا يجوز مهما كان المبيع، سواء كان شيئا واحدا كالثوب، والدار، أو المكيل والموزون في وعاء أو أوعية، أو كان شيئين حقيقة وتقديرا كالثوبين والدارين، أم شيئين حقيقة شيئا واحدا تقديرا كمصراعي باب. ودليل عدم جواز تفريق الصفقة على البائع قبل تمامها ما يلحق بالبائع من ضرر يجب دفعه ما أمكن، والضرر هو إلزام البائع بالشركة، والشركة في الأعيان عيب. هذا في تفريق الشيء الواحد، أما إذا كان المبيع أشياء ففيه ضرر آخر وهو لزوم البيع في الجيد بثمن الرديء لأن ضم الرديء إلى الجيد والجمع بينهما في الصفقة من عادة التجار ترويجا للرديء بوساطة الجيد.

وأما اعتبار قبض البعض بمثابة عدم القبض فلأن الصفقة لا تتم إلا بقبض جميع المعقود عليه ـ وسواء وجد العيب في المقبوض أو في غيره ـ وروي عن أبي يوسف أنه إذا كان العيب في المقبوض فله رده خاصة بحصته.[1]

وفي تفرق الصفقة يفصل المالكية بين بقاء السالم (غير المعيب) وفواته، فإن كان فائتا فله رد المعيب مطلقا وأخذ حصته من الثمن، لأنه لو رد الجميع هنا رد قيمة الفائت عينا ورجع في عين وهو الثمن للمعين وقيمة العرض الذي قد فات عند البائع، ورد العين والرجوع فيها لا فائدة فيه.

وأما إن كان باقيا فله رد البعض بحصته بشرطين:

١ ـ أن لا يكون المعيب هو الأكثر من النصف ولو بيسير، فليس له رده بحصته، بل إما أن يتماسك بالجميع أو يرد الجميع، أو يتماسك بالبعض بجميع الثمن.

٢ ـ أن لا يكون المعيب وجه الصفقة فليس للمبتاع إلا رد الجميع أو الرضا بالجميع.

ويستثنى من ذلك ما كان أحد مزدوجين.[2]

---

(١) الفتاوى الكبرى لابن حجر الهيتمي ٢/ ٤٢٩ ـ ٤٣٣.

---

(١) البدائع ٥/ ٢٨٧، فتح القدير ٥/ ١٧٨.

(٢) الخرشي ٤/ ٥٧ ـ ٥٨، الدسوقي ٣/ ١٣٤ ـ ١٣٥، المواق ٤/ ٤٥٩، الحطاب ٤/ ٤٥٩ ـ ٤٦٠ وفيه نقلا عن التوضيح. ولهذا كان الصحيح فيمن استهلك إحدى مزدوجين وجوب قيمتها.

ولم يتصور المالكية التفرق في الشيء الواحد لاعتبارهم ذلك من العيب الحادث (المتوسط) وحكمه التخيير بين الإمساك وأخذ أرش القديم، أو الرد ودفع أرش الحادث ما لم يقبله البائع بالحادث.[1]

٣٥ - ومذهب الحنابلة أن تفرق الصفقة مانع من الرد قطعا إذا كان في الشيء الواحد، وفي الشيئين مما ينقصهما التفريق، أو مما لا يجوز التفريق بينهما، دفعا لضرر البائع. أما إذا كانا شيئين مما لا ينقص بالتفريق وما كان في وعائين فهو كشيئين عندهم ووجدهما معيبين فليس له رد أحدهما على الصحيح. قال المرداوي: وهو الصواب. فإن وجد بأحدهما عيبا فليس له إلا رد المعيب فقط على الرواية المختارة من ثلاث روايات.[2]

وكذلك قال الشافعية لا يرد المشتري بعض المبيع المعيب، وإن زال الباقي عن ملكه وانتقل للبائع، على ما جزم به المتولي والسبكي والبغوي، لأنه وقت الرد لم يرد كما تملك. وقال القاضي حسين: إن له الرد إذ ليس فيه تبعيض على البائع، ومثله ما لو كانا شيئين تتصل منفعة أحدهما بالآخر. أما الشيئان مما ليس كذلك - سواء كانا معيبين أو ظهر العيب بأحدهما - فليس له رد أحدهما بل يردهما. ويفرق الشافعية بين تعدد الصفقة وتفرقها.

فإن تعددت الصفقة (وذلك بتعدد البائع أو تعدد المشتري، أو تفصيل الثمن) فله رد أحدهما في الأظهر، لأنه لم يحصل تفريق الصفقة. أما إن تفردت (بعدم توافر شيء من أسباب تعددها) فليس له رد البعض.[1]

تفرق الصفقة بتعدد العاقد:

٣٦ - تفرق الصفقة لا تنحصر صوره في محل العقد، بل قد ينشأ عن تعدد العاقد. كما لو كان المشتري رجلين اشتريا شيئا واحدا واطلعا على عيب بالمبيع، فإنه ينفرد أحدهما بالفسخ دون صاحبه في قول أبي حنيفة، وعند أبي يوسف ومحمد ينفرد.

وحجة الصاحبين أنه رد المشتري كما اشتراه، فالرد صالح في النصف لأنه مشتر نصفه، وحجة أبي حنيفة أن الرد لم يوجد على الوصف الذي كان مقبوضا لأنه قبضه غير معيب بعيب زائد - وهو هنا عيب الشركة - فلا يصح دفعا للضرر عن البائع.[2]

---

(١) الدسوقي ٣/ ١٣٦ وبلغة السالك على أقرب المسالك.

(٢) المغني ٤/ ١٢١م ٣٠١٧ و٣٠١٨، والفروع وتصحيحه ٤/ ١١١ - ١١٢، وكشاف القناع ٣/ ٢٢٥ - ٢٢٦

(١) مغني المحتاج ٢/ ٦٠، ونهاية المحتاج ٤/ ٣٥، وتكملة المجموع ١٢/ ١٥٥، وشرح المنهج للقاضي زكريا بحاشية الجمل ٣/ ١٤٩

(٢) البدائع ٥/ ٢٨٣ - ٢٨٤

وقد بين ابن قدامة مذهب الحنابلة وموافقته للشافعية في ذلك فقال: لو اشترى رجل من رجلين شيئا فوجده معيبا فله رده عليهما فإن كان أحدهما غائبا رد على الحاضر حصته بقسطها من الثمن ويبقى نصيب الغائب في يده حتى يقدم، ولو كان أحدهما باع العين كلها بوكالة الآخر فالحكم كذلك سواء أكان الحاضر الوكيل أم الموكل نص أحمد على قريب من هذا، فإن أراد نصيب أحدهما وإمساك نصيب الآخر جاز لأنه يرد على البائع جميع ما باعه ولا يحصل برده تشقيص، لأن المبيع كان مشقصا في البيع.[1]

٤ ـ علم العاقد الآخر بالفسخ:

٣٧ ـ فلو فسخ بغير علمه لم يعتبر، وكان له الرجوع عن فسخه وكان ذلك الفسخ موقوفا.

إن علم به في مدة الخيار نفذ، وإن لم يعلم حتى مضت المدة كان ذلك إجازة للعقد.

ويعبر بعض الفقهاء عن شريطة العلم هذه بقولهم: أن يجيز ـ أو يفسخ ـ في حضرة صاحبه، وهم يجمعون أن المراد من الحضرة العلم وليس الحضور.

واشتراط العلم للفسخ في خيار العيب متفق عليه بين أئمة الحنفية، سواء أكان الرد قبل القبض أم بعده.

وليس العلم بمشترط عند الشافعية والحنابلة.

فقد صرحوا بأن الرد بالعيب لا يفتقر إلى رضا البائع وحضوره (ولا حكم حاكم قبل القبض ولا بعده).[1] ولم تجد للمالكية كلاما في هذا والحنفية لا يشترطون للرد قبل القبض القضاء أو التراضي، أما إذا كان بعد القبض فلابد من أحدهما لأنه قبل القبض مما تقرر أنه لا اعتبار عند رفع العقد لحضور من لا يعتبر رضاه فيه.

وأما بعد القبض فهو رفع لعقد مستحق له بالعيب، فلا يعتبر فيه رضا البائع نظير ما قبل القبض.[2]

كيفية الرد:

٣٨ ـ الرد إما أن يتم بمحض إرادة صاحب الخيار، وإما أن يشترط لحصوله ـ عند الحنفية ـ وجود التراضي بين العاقدين أو الترافع للقضاء. وذلك يتبع حال الصفقة من حيث التمام وعدمه. وتمامها كما هو معلوم بالقبض، فإذا لم تتم الصفقة لا يشترط التراضي أو التقاضي. قال الكاساني: لأن الصفقة قبل القبض ليست تامة بل تمامها بالقبض فكان

---

(١) المغني ٤/ ١٤٥

(١) البدائع ٥/ ٢٧٣، ٢٨٦ في خيار الشرط، فتح القدير ٥/ ١٢٢، الفتاوى الهندية ٣/ ٨١ نقلا عن الذخيرة، المغني ٤/ ١١٩م ٣٠١٣. كشاف القناع ٣/ ٢٢٤، تكملة المجموع ١٢/ ١٠٧

(٢) الحطاب ٤/ ١٥٩ ـ ١٦٠، الدسوقي ٣/ ١١٨ وما بعدها.

بمنزلة القبول كأنه لم يشتره.[١]

أما إذا كانت الصفقة قد تمت، فالرد لا يكون مجرد نقض وانفساخ تكفي فيه إرادة صاحب الخيار، بل هو فسخ لصفقة تمت فلابد فيه من التراضي أو التقاضي. ويعلل الكاساني ذلك بأن الصفقة قد تمت بالقبض فلا تحتمل الانفساخ بنفس الرد من غير قرينة القضاء أو الرضا. وبعبارة السرخسي: «الفسخ بعد تمام الصفقة نظير الإقالة، وهي لا تتم إلا باتفاق العاقدين»[٢] ولا فرق في الرد بين وقوعه قبل القبض أو بعده، عند الشافعية والحنابلة، لأنه نوع فسخ فلا تفتقر صحته إلى القضاء ولا الرضا، كالفسخ بخيار الشرط (بالإجماع) وكالرد بالعيب قبل القبض فكذا بعده. ولأن الرد بالعيب عندهم يرفع العقد من أصله، فلم يتفاوت الرد.[٣]

صيغة الفسخ وإجراءاته:

٣٩ - ذهب الحنفية - كما ذكرنا - إلى أن الفسخ قبل القبض يحصل بالإرادة المعبرة والمراد قول المشتري رددت أو فسخت ونحو ذلك من العبارات. أما بعد القبض فلابد من الاتفاق بأن يفسخ صاحب الخيار ويقبل العاقد الآخر أو بتقاضيان. قال الكاساني: [١] (لأن الفسخ يكون على حسب العقد لأنه يرفع العقد، ثم العقد لا ينعقد بأحد العاقدين فلا ينفسخ بأحدهما دون رضا الآخر. أما قبل القبض فالصفقة لم تتم، فكان من السهل الرد لأنه كالامتناع من القبض، وهو تصرف دفع وامتناع وذلك خالص حقه).

أما عند الشافعية والحنابلة فالفسخ يجوز للمشتري مهما كانت الكيفية: في حضور البائع أو غيبته، برضاه أو عدمه، ولا يفتقر إلى الحاكم[٢] ولكن نظرا لمذهب الشافعية إلى أن خيار العيب يثبت على الفور، لا التراخي، وأنه تجب المبادرة إلى الفسخ وإلا سقط، فقد احتيج إلى القيام ببعض الإجراءات دون أن تختص صورة منها بالوجوب، بل يجزيء عنها ما يؤدي المراد وهو إثبات مبادرته للفسخ.

وخلاصة هذه الإجراءات عند الشافعية أنه إذا كان كل من الخصم والحاكم بالبلد وجب الذهاب إلى أحدهما، فإن أخر سقط حقه وإن فسخ، ولكن هناك صورة بديلة عن الذهاب

(١) بدائع الصنائع ٥/ ٢٨١، الفتاوى الهندية ٣/ ٦٦، فتح القدير ٥/ ١٦٨

(٢) المبسوط للسرخسي ١٣/ ١٠٣، وكرر التنبيه بالإقالة في شرح السير الكبير ٢/ ٦٩٤ «الرد بالعيب بعد القبض بغير قضاء يكون بمنزلة الإقالة».

(٣) المهذب ١/ ٢٨٤، الشرح الكبير على المقنع ٤/ ٨٦، تكملة المجموع للسبكي ١٢/ ١٥٧

(١) بدائع الصنائع ٥/ ٢٨١

(٢) تكملة المجموع ١٢/ ١٥٧

إلى البائع أو الحاكم، وهي أن يشهد على الفسخ فلا يسقط حقه، ولا يلزمه الذهاب بعد ذلك إلا للتسليم وفصل الخصومة، على ما حققه السبكي خلافاً لما توهمه بعض عبارات المتون.[1]

طبيعة الرد، وآثارها في تعاقب البيع

٤٠ ـ ذهب الحنفية إلى أنه إذا كان الرد بالتراضي بين المتعاقدين فهو فسخ في حقهما بيع في حق غيرهما، وذلك في الرد بعد القبض (أما قبل القبض فهو رد بإرادة منفردة) وإذا كان الرد بالقضاء كان فسخاً في حقهما وفي حق غيرهما. أما عند غير الحنفية فالفسخ رفع للعقد من أصله مطلقاً.[2]

ويظهر أثر هذه الطبيعة في حال تعاقب بيعين على المعيب بعيب قديم، حيث يفرق بين أن يكون قبول الرد من البائع الثاني حصل بالتراضي أو بالقضاء، فإن تم بالقضاء بإقامة البينة على أن العيب كان عنده بعدما أنكر العيب. أو بنكوله عن اليمين على العيب، أو بإقراره بالعيب أنه كان عنده، والمقصود صدور إقرار منه ثم إنكاره، فيقيم المشتري البينة على ذلك الإقرار (أما الإقرار المبتدأ فلا حاجة معه إلى القضاء أصلاً) ففي هذه الحال للبائع الثاني أن يرده على بائعه الأول فيخاصمه ويفعل الإجراءات الواجبة لرده عليه.

وإن كان قبول المشتري الأول للرد بغير القضاء بل برضاه فليس له الرد على بائعه، لأن الرد بالتراضي بيع جديد في حق غير المتعاقدين ـ أو كما يعبرون: في حق الثالث ـ والبائع الأول هنا غير المشتري الأول والمشتري الثاني، كان المشتري الأول اشتراه من المشتري الثاني، وفي هذه الحال ليس له أن يرده على البائع الأول.

ولأنه إذا قبله بغير قضاء فقد رضي بالعيب فلا يرده على بائعه الأول، ولا يقال إنهما بالتراضي على الرد فعلا عين ما يفعله القاضي، لأن الحكم الأصلي في هذا هو المطالبة بالسلامة من العيب، وإنما يصار إلى الرد للعجز، فإذا تقايلا وإلى الرد لم يصح في حق غيرهما، ألا يرى أن الرد إذا امتنع وجب الرجوع بحصة العيب.[1]

٤١ ـ هذا كله فيما إذا كان الرد بالعيب من

---

(١) مغني المحتاج ٢/ ٥٧، وشرح المنهج بحاشية الجمل ٣/ ١٤٣، تكملة المجموع ١٢/ ١٣٩ ـ ١٥٠ وأسهب كثيرا في بيان الوجوه والتأويلات حتى تعذر استخلاص المذهب مما ذكره إلا عن طريق الكتب المؤلفة بعده والمعتمدة على ما فيه، ولم يتعرض الحنابلة لذلك كله، لأن الخيار عندهم على التراخي.

(٢) الهندية ٣/ ٦٦ نقلا عن السراج الوهاج، تكملة المجموع ١٣/ ١٥٧، فتح القدير ٥/ ١٦٥

(١) فتح القدير ٥/ ١٦٧ ـ ١٦٨.

المشتري الثاني بعد قبضه، أما إذا كان قبل قبضه فللمشتري الأول أن يرده على البائع الأول سواء كان بقضاء أم بغير قضاء. كما لو باع المشتري الأول للمشتري الثاني بشرط الخيار له - أو بيعا فيه خيار رؤية فإنه إذا فسخ المشتري الثاني بحكم الخيار كان للمشتري الأول أن يرده مطلقا. قال في الإيضاح: (الفقه فيه أنه قبل القبض له الامتناع من القبض عند الاطلاع على العيب، فكان هذا تصرف دفع وامتناع من القبض، وولاية الدفع عامة فتظهر أثره في حق الكل وهذا لا يتوقف على القضاء).[1]

وتعرض ابن قدامة لهذه المسألة فذكر أن المشتري الأول إن عاد المعيب إليه من المشتري (الثاني) فأراد رده بالعيب القديم ينظر: فإن كان حين باعه عالما بالعيب، أو وجد منه ما يدل على رضاه فليس له رده؛ لأن تصرفه رضا بالعيب. وإلا كان له رده. سواء رجع إلى المشتري الأول بالعيب القديم أو بإقالة، أو هبة، أو شراء ثان، أو ميراث.[2]

الإمساك مع الأرش (أو الرجوع بنقصان الثمن)[3]

٤٢ - هناك أمور تطرأ على المبيع من زيادة أو نقصان أو تصرف تمنع رد المبيع، وحينئذ ينتقل حق المشتري من الرد إلى الرجوع بنقصان الثمن، على تفصيل بين المذاهب في هذا الموجب. ولما كان هذا الموجب بديلا عن الخيار بين الرد والإمساك (الذي هو الأصل) أمكن تسميته (الموجب الخلفي) وكما هو مقرر لا يجتمع الخلف والأصل بل يتعاقبان، فإذا تعذر الأصل يصار إلى ما هو خلف له.

هذا مذهب الحنفية والشافعية. وقد عرف غيرهم هذا الموجب مع اختلاف المجال، فالمالكية حين جعلوا العيوب أنواعا ثلاثة: العيب اليسير (ليس فيه شيء)، وعيب الرد (وهو الفاحش الذي يكون فيه المشتري بالخيار بين الرد والإمساك بلا أرش)، وعيب القيمة، أرادوا بهذا الأخير العيب المتوسط الذي ينقص من الثمن، وموجب عيب القيمة أن يحط عن المشتري من الثمن بقدر نقص العيب، فمثل هذا النوع نقصان الثمن هو موجبه الأصلي.

كما أن الحنابلة يثبتون الخيرة للمشتري بين الإمساك بنقصان الثمن أو الرد ولو لم يتعذر

---

(١) فتح القدير ٥/١٦٨

(٢) المغني ٤/٢٤٨

(٣) الأرش. عرف لغة دية الجراحات، وأصله من الفساد - يقال: أرشت الحرب والنار إذا أوقدتهما، والتأريش بين القوم: الإفساد بينهم. ولما كان نقصان الأعيان فسادا فيها سمي لنقصان الثمن: الأرش. وعرف في الشرع عبارة عن الشيء المقدر الذي يحصل به الجبر عن الفائت (المصباح المنير مادة: أرش، والمغرب للمطرزي، والقاموس، تكملة المجموع للسبكي ١٢/١٦٢)

الرد.[1] فهذا هو الموجب الأصلي للخيار عندهم، أما الموجب الخلفي عند تعذر الرد بسبب عيب حادث فهو التخيير بين الرد وإعطاء أرش العيب الحادث وبين الإمساك وأخذ أرش العيب القديم. وهو الحكم عند المالكية أيضا.

طريقة معرفة الأرش:[2]

٤٣ - هي أن يقوَّم المبيع بلا عيب، ثم يقوَّم مع العيب وينظر إلى التفاوت وتؤخذ نسبته إلى القيمة هل هو عشر أو ثمن أو ربع... الخ. فإن كان التفاوت عشر القيمة رجع المشتري بعشر الثمن.[3] وهكذا.[4]

قال صاحب الأشباه: ولم يذكر قاضيخان ولا الزيلعي ولا ابن الهمام هل القيمة (التي ينسب إليها النقصان) يوم العقد أو القبض؟ وينبغي اعتبارها يوم العقد.

وفي المغني أن الحسن البصري قال: يرجع بقيمة العيب في الثمن يوم اشتراه قال أحمد: هذا أحسن ما سمعت. وقال في شرح الروض: هو أقل قيمتي وقت العقد والقبض.[1]

موانع الرد:

٤٤ - تنقسم موانع الرد إلى مانع طبيعي أو شرعي أو عقدي.

أولا - المانع الطبيعي:

٤٥ - ذكر الكاساني أن هلاك المبيع في يد البائع يمنع الرد، لفوات محل الرد، ولا يرجع البائع على المشتري بشيء من الثمن، لأنه يحمل تبعة الهلاك قبل القبض. أما بعد القبض فقد أفاد صاحب الهداية أن موت محل الرد بيد المشتري يمنع الرد ويجعل موجب الخيار الرجوع بنقصان الثمن، والمراد أن هلاك المبيع بسبب سماوي

---

(1) القوانين الفقهية ٢٥٨، وذكر أن هذا التقسيم في غير الحيوان وأما فيه فيرد بكل ما يحط من القيمة. المغني ٤/ ١١١ م ٣٠٠٣، كشاف القناع ٣/ ٢١٤، الفروع ٤/ ١٠٦، بداية المجتهد ٢/ ١٢٢، المقدمات ٥٧٠، الخرشي ٥/ ١٤٢، الحطاب والمواق ٤/ ٤٣٦، الدسوقي ٣/ ١١٤

(2) للأرش مباحث مفصلة في تكملة المجموع للسبكي ١٢/ ٢٦٥ - ٢٩٤ و١٤/ ٣٠٢ - ٣٠٩

(3) لما كانت الأثمان قديما هي الذهب والفضة وما شابهها. فقد تعرض بعض الفقهاء إلى أن الأرش هل يؤخذ من (عين الثمن) أو يطلبه البائع من حيث شاء؟ وللحنابلة فيه احتمالان، وصحح ابن نصر الله الاحتمال الثاني بترك الأمر للبائع، قاله في تصحيح الفروع. وهو ظاهر كلام كثير من الأصحاب (كشاف القناع ٣/ ٢١٨) ووقع فيه تحريف كلمة (عين الثمن) إلى (عيب الثمن) كما هو واضح.

(4) فتح القدير ٦/ ١٢، الفتاوى الهندية ٣/ ٨٣، المغني ٤/ ١١٦، تكملة المجموع ١٢/ ٢٩٤ ترتيب الأشباه والنظائر ٣٦٣

(1) ترتيب الأشباه والنظائر ٣٦٦، المغني ٤/ ١١٢، شرح الروض ٢/ ٦٣، وتكملة المجموع ١٢/ ٢٧٤

يمتنع معه الموجَب الأصلي الذي هو الرد ليحل محله الموجَب الخَلَفي (نقصان الثمن).

ويستوي في الهلاك أن يكون بسبب سماوي أو باستهلاك المشتري له على سبيل الاستعمال والانتفاع المشروع، لا الإتلاف، وذلك بأكل الطعام أو لبس الثوب حتى يتخرق، وفي هذا النوع خلاف بين أبي حنيفة وصاحبيه، واعتباره في موانع الرد دون الأرش هو مذهب الصاحبين ومالك وأحمد، لأن المشتري صنع بالمبيع ما يقصد بشرائه ويعتاد فعله فيه من الأكل واللبس حتى انتهى الملك به. ولأبي حنيفة أنه أتلفه بفعل مضمون منه لو وجد في غير ملكه، وقد انتفى الضمان بملكه فكان كالمستفيد به عوضا. وإن اقتصر الاستهلاك على بعضه، فعند الصاحبين يرجع بنقصان الثمن في الأكل وفي رواية ثانية يرد ما بقي ويرجع بنقصان ما أكل.[1]

ومثل الهلاك في امتناع الرد: انتهاء الملك عن الشيء بالموت، لأنه ينتهي به تلك لا بفعل المشتري، فيمتنع الرد حكما ويبقى له الرجوع بالنقصان.

وقد سوّى الحنفية والشافعية بين هلاك

(١) البدائع ٥/ ٢٨٣، فتح القدير ٥/ ١٦١ - ١٦٣، رد المحتار ٤/ ٨٢ - ٨٦، تبيين الحقائق ٤/ ٣٥، مغني المحتاج ٢/ ٥٤، الخرشي ٥/ ١٣٨، كشاف القناع ٢/ ٦٣

المعيب بالعيب أو بغيره، وفرق المالكية بينهما، فوافقوهم في الرجوع بنقصان الثمن في الهلاك بغير العيب المدلَّس، أما به فللمشتري الرجوع بالثمن كله.[1] أما الحنابلة فالتفرقة عندهم ليست بحسب الهلاك بالعيب أو غيره بل بحسب وقوع التدليس وعدمه، فإن كان البائع سيّء النية ودلّس العيب ثم هلك المبيع به أو بغيره فللمشتري الرجوع بالثمن كله. أما إذا لم يدلس البائع فرجوعه بنقصان الثمن فقط. ويربط المالكية مقدار الجزاء بأثر العمل، فلا يرجع بالثمن كله إلا إذا كان العيب المدلس هو الذي أودى بالمبيع.[2] ويسمي المالكية ذلك بالفوت ويقسمونه إلى فوت حسي، وفوت حكمي.[3]

ثانيا - المانع الشرعي:

٤٦ - هذا المانع عبارة عن حصول زيادة في المبيع عند المشتري على أن تكون زيادة منفصلة متولدة (بعد القبض) أو متصلة غير متولدة (مطلقا، قبل القبض أو بعده) فظهور الزيادة

(١) البحر الرائق ٦/ ٣٩، فتح القدير ٥/ ١٦١، مغني المحتاج ٢/ ٥١، المهذب ١/ ٢٩١، نهاية المحتاج ٤/ ٢٤

(٢) المغني ٤/ ١٣٥، كشاف القناع ٣/ ١٨٠ (سواء تعيب المبيع عند المشتري أو تلف بفعل الله كالمرض، أو بفعل المشتري كما هو مأذون شرعا.

(٣) الخرشي ٤/ ١٨، الدسوقي على الشرح الكبير ٣/ ١٢٤

بعدما ظهر عيب في المبيع يمتنع به الرد ولو قبل البائع ، لأن المنع لحق الشرع . وفيما يأتي تفصيل هاتين الصورتين المانعتين من الرد والناقلتين الموجب إلى الأرش .

أولا ـ الزيادة المتصلة غير المتولدة (مطلقا : قبل القبض أو بعده) كالصبغ والخياطة في الثوب ، والبناء والغرس في الأرض ، لأن هذه الزيادة ليست تابعة ، بل هي أصل بنفسها فتعذر معها رد المبيع ، إذ لا يمكن رده بدون الزيادة لتعذر الفصل ، ولا يمكن رده مع الزيادة ، لأنها ليست تابعة في العقد فلا تكون تابعة في الفسخ (إلا إن تراضيا على الفسخ فهو إقالة وكبيع جديد) ولو قال البائع : أنا أقبله كذلك ، ورضي المشتري لا يجوز أيضا ، لأن المنع لحق الشرع لاستلزامه الربا .

ثانيا ـ الزيادة المنفصلة المتولدة ، بعد القبض خاصة ، كالولد والثمرة واللبن وأرش الجناية . وتلك الزيادة تمنع الرد بالعيب أيضا لأن الزيادة مبيعة تبعا لثبوت حكم الأصل وحصلت في ضمان المشتري ، فإن ردها مع الأصل كانت للبائع ربحا ما لم يضمن ، وإن استبقاها ورد الأصل فإنها تبقى في يده بلا ثمن ، وهذا من صور الربا .

ويخالف الشافعي في هذه الزيادة ، فعدّها كالكسب ، لإمكان الفصل عن الأصل بدونها ، والزيادة للمشتري ، فهي لا تمنع الرد.[1]

٤٧ ـ أما صور الزيادة الأخرى فلا تمنع الرد ، ولذا لا رجوع معها بالأرش ، وهي :

١ ـ الزيادة المتصلة المتولدة ، كالكبر والسِّمَن ، ومنها عند الحنابلة الحمل قبل الوضع والثمرة قبل التأبير . وهي لا تمنع الرد بالعيب في ظاهر الرواية عند الحنفية إن رضي المشتري بردها مع الأصل وإن أبى المشتري الرد كان له الرجوع بالأرش خلافا لمحمد .

والحكم كذلك عند الحنابلة ، لأن الزيادة تمحضت تابعة للأصل بتولدها منه مع عدم انفصالها فكأن الفسخ لم يرد على زيادة أصلا ـ كما قال ابن الهمام ـ أو كما قال الكاساني : كانت الزيادة مبيعة تبعا ، وما كان تبعا في العقد يكون تبعا في الفسخ . ولا فرق في هذه الزيادة بين أن تحدث قبل القبض أو بعده .[2]

---

(١) البدائع ٥/ ٢٨٥ ـ ٢٨٦ ، فتح القدير ١٦٠ ـ ١٦١ ، رد المحتار ٤/ ٨٠ ـ ٨١ ، الفتاوى الهندية ٣/ ٧٧ ، تكملة المجموع ١٢/ ٢٥٤

(٢) البدائع ٥/ ٢٨٤ ، فتح القدير ٥/ ١٦٦ ، المغني ٤/ ١٣٠ . وقد جاء حكم هذه الصورة عند ابن الهمام موهما العكس حيث قال : «وهي تمنع الرد لتعذر الفسخ عليها ، لأن العقد لم يرد عليها ولا يمكن تبعية للانفصال» ثم قال بعده : «فيكون المشتري بالخيار قبل القبض إن شاء ردها جميعا وإن شاء رضي بها بجميع الثمن» . فعرف بهذا أن مراده من المنع : منع رد الأصل وحده لا امتناع رده معها . وفي البدائع ٥/ ٢٨٤ ، والفتح ٥/ ١٦٦ تفصيلات بشأن وجود عيب بالزيادة وحدها وفروع أخرى تنظر هناك .

٢ ـ الزيادة المنفصلة المتولدة: قبل القبض كالولد واللبن والثمر في بيع الشجر وهي لا تمنع الرد بالعيب، لكن لا يرد الأصل وحده، بل إن شاء المشتري ردهما جميعاً وإن شاء رضي بهما بجميع الثمن. وقال الحنابلة: يرد الأصل دون الزيادة، فهي للمشتري.

٣ ـ الزيادة المنفصلة غير المتولدة، كالغَلة والكسب، وهي لا تمنع من الرد وهو الحكم لدى الشافعية والحنابلة. ويفسخ العقد في الأصل دون الزيادة ويُسلّم الكسب للمشتري لأنه حصل في ضمانه، ودليل ذلك الحديث الذي فيه قول البائع: أنه استغل غلامه فقال ﷺ «الخراج بالضمان»[1] ولأن هذه الزيادة ليست بمبيعة وإنما هي مملوكة بملك الأصل، فالرد بفسخ العقد في الأصل وتبقى الزيادة مملوكة للمشتري بغير ثمن عند أبي حنيفة (لكنها لا تطيب له، لأنها وإن حدثت على ملكه هي ربح ما لم يضمن، وعند الصاحبين: الزيادة للبائع ولا تطيب له) هذا إذا اختار الرد. أما إن رضي بالعيب واختار البيع فالزيادة لا تطيب له بلا خلاف لأنها ربح ما لم يضمن وهو منهي عنه، ولأنها زيادة لا يقابلها عوض في العقد وهو ربا وقال الحنابلة: الكسب للمشتري بمقابلة ضمانه، دون فرق بين ما يقبل القبض أو بعده.

٤٨ ـ هذا إن كانت الزيادة قائمة فإن هلكت بآفة سماوية لم يتغير الحكم، وإن هلكت بفعل المشتري فالبائع بالخيار بين القبول ورد جميع الثمن وبين الرفض ورد النقصان، وإن هلكت بفعل أجنبي امتنع الرد.[1]

أما المالكية فقد نقل الحطاب عن ابن رشد في المقدمات إن الزيادة على خمسة أوجه:

١ ـ زيادة لحوالة الأسواق.

٢ ـ وزيادة في حالة المبيع وكلاهما لا يعتبر ولا يوجب للمبتاع خياراً. صرح بذلك في كتاب العيوب من المدونة فقال في أوله ولا يفيت الردّ بالعيب حوالة الأسواق.

٣ ـ وزيادة في عين المبيع بنماء حادث فيه كالدابة تسمن أو بشيء من جنسه مضاف إليه كالولد فاختلف أصحابنا في ذلك.

٤ ـ وزيادة مضافة للمبيع من غير جنسه مثل أن يشتري النخل ولا ثمر به فتثمر عنده ثم يجد عيباً، فهذا لا اختلاف أن ذلك لا يوجب له خياراً ويكون مخيراً بين أن يرد النخل وثمرتها ما لم يطب ويرجع بالعلاج على مذهب ابن القاسم أو يمسك ولا شيء له في الوجهين جميعاً وقوله ما لم يطب أي ما لم تزهُ.

٥ ـ وزيادة أحدثها المشتري في المبيع من صنعة

(١) حديث: «الخراج بالضمان». تقدم تخريجه ف/ ٢

(١) البدائع ٥/ ٢٨٤ ـ ٢٨٥، المغني ٤/ ١٣٠، تكملة المجموع ١٢/ ٣٥٤

مضافة إليه كالصبغ والخياطة وماأشبههما مما لا ينفصل عنه إلا بفساد، فلا اختلاف أن ذلك يوجب له الخيار بين أن يتمسك ويرجع بقيمة العيب أو يرد ويكون شريكا له، ونحوه للباجي في المنتقى وذكر الباجي خمسة الأوجه.

٤٩ ـ قال الحطاب: وأما كيفية التقويم فقد تكلم على ذلك ابن غازي، وحاصله أنه إذا حدثت زيادة عند المشتري ولم يحدث عنده عيب فإنه يخير، فإن اختار الإمساك فيقوم المبيع تقويمين، يقوم سالما، ثم معيبا، ويأخذ من الثمن بنسبة ذلك، وإن اختار الرد قوم تقويمين أيضا فيقوم بالعيب القديم غير مصبوغ ثم يقوم مصبوغا، فما زادت قيمته مصبوغا على قيمته غير مصبوغ نسب إلى قيمته مصبوغا وكان المشتري شريكا في الثوب بنسبته، كما إذا قوم غير مصبوغ بثمانين، وقوم مصبوغا بتسعين، فينسب العشرة الزائدة إلى تسعين فتكون تسعا فيكون المشتري شريكا في الثوب بالتسع.

وتعتبر قيمته مصبوغا وغير مصبوغ يوم البيع عند ابن يونس، ويوم الحكم عند ابن رشد، وأما إذا حدث عند المشتري عيب وزيادة فإن اختار المشتري الإمساك قوّم المبيع تقويمين كما تقدم، وإن اختار الرد فقال ابن الحاجب: لابد من أربع تقويمات، يقوّم سالما ثم بالعيب القديم، ثم بالحادث، ثم بالزيادة، وقال ابن عبد السلام: لا حاجة إلى تقويمه سالما ولا إلى تقويمه بالعيب الحادث وإنما يقوم بالعيب القديم ثم بالزيادة فيشارك في المبيع بقدر الزيادة.[1]

ثالثا ـ المانع العقدي: (العيب الحادث)

٥٠ ـ العقد المبرم بين العاقدين يقوم على الالتزام بما التزم به كل منهما نفسه من مبيع وثمن، بموجب العقد، ولهذا كان حق الرد للمعيب مقيدا بأن لا يقع ما يخل بالالتزامات الموزعة في العقد، فإذا تعيب المبيع عند المشتري بعيب حادث، سواء كان بفعل المشتري أو بآفة سماوية أو بفعل المعقود عليه إن كان ذا حياة، فإن الرد للمعيب ـ وهو الموجب الأصلي ـ يمتنع، وينتقل إلى الموجب الخلفي وهو الرجوع بالنقصان لأن شرط الرد أن يكون المردود عند الرد على الصفة التي كان عليها عند القبض ولم يوجد لخروجه معيبا بعيب واحد فقط، ولأن في الرد إضرارا بالبائع وهو إخلال بطبيعة العقد، لأن المبيع خرج عن ملكه سالما من العيب الحادث فلو ألزم به معيبا تضرر، لأنه إذا كان يضمن العيب القديم لا يضمن الحادث لوقوعه بعد القبض والمبيع بيد المشتري فانعدم شرط الرد، وبما أنه لابد من دفع الضرر عن المشتري لمقابلة الجزء الفائت الذي صار مستحقا له

(١) الحطاب ٤/٤٤٧، المقدمات لابن رشد ٢/ ٥٧١ ـ ٥٧٤ الطبعة الأولى.

بالعقد فقد تعين الرجوع بالنقصان ورد حصة الجزء الفائت بالثمن

ولم يجعل الحنفية والحنابلة في رواية للمشتري حق الرد لأن المشتري هو المسبب بالعجز عن الرد بما باشره في المبيع ـ أو بما حصل فيه على ضمانه ـ وفي إلزام الرد بالعيب الحادث إضرار بالبائع لا لفعل باشره (وتقصيره بعدم بيان العيب لا يسبغ عصمة ماله) فكان الأنظر للطرفين هو دفع الأرش للعيب القديم .[1]

وعند المالكية ـ وهي الرواية الثانية للحنابلة ـ يخير بين الإمساك وأخذ أرش العيب القديم وبين الرد مع أرش العيب الحادث عنده ما لم يقبله البائع بالعيب الحادث

وصرح الشافعية بأنه لو حدث عند المشتري عيب سقط الرد قهرا ثم إن رضي به البائع رده المشتري أو قنع به ، فإن لم يرض به البائع معيبا ضم المشتري أرش الحادث إلى المبيع ورد ، أو غرم أرش القديم ولا يرد . فإن اتفقا على أحد الأمرين فذاك وإلا فالأصح إجابة من طلب الإمساك . ويجب أن يعلم المشتري البائع على الفور بالعيب الحادث ليختار ، فإن أخر إعلامه بلا عذر فلا رد ولا أرش .

أما الثانية فهي أنه يخير بين الرد مع أرش العيب الحادث وبين الإمساك وأخذ أرش العيب القديم .[1]

سقوط الخيار وانتهاؤه :

٥١ ـ خيار العيب ينتهي بانتهاء العقد أي فسخه ، فيكون الخيار منتهيا تبعا له . لكن ذلك يستتبع آثاره أحيانا فيما إذا عاد المبيع المعيب إلى البائع وفيه عيب حادث لدى المشتري . كما ينتهي خيار العيب باختيار إمساك المبيع المعيب وأخذ أرش العيب ، وهذا الاختيار إما أن يقع صراحة بالقول المعبر عن الرضا، وإما أن يقع بالتصرف الدال على الرضا، (أما غير الدال على الرضا فيسقط الرد دون الأرش) .

وقد ينتهي الخيار بزوال العيب قبل استعمال حق الرد ، وفي بعض صور الولاية عن الصغير وغيره ، أو الوكالة ، يتعين التنازل عن الخيار لكون الإمساك للعقد أكثر حظوة وفائدة ، ونظر الولاية والنيابة عن الغير مبني على الأصلح .

ولا يخفى أن بعض هذه الأسباب المسقطة إرادي يصدر من العاقد ، وبعضها يجب عليه شرعا أو يقع دون إرادته ، ولهذا تفرقت المسقطات ، لاجتذاب هذه العوامل لها إلى :

١ ـ زوال العيب قبل الرد .

---

(١) البدائع ٥/ ٢٨٣ ، والعناية ٥/ ١٦٠ ، وفتح القدير ٥/ ١٥٩ ـ ١٦٠ ، المغني ٤/ ١١٣م ٣٠٠٦ ، البغدادي المجلة ١/ ٢٥٥

(١) الهداية وفتح القدير والعناية ٥/ ١٥٩ ـ ١٦٠ ، والمغني ٤/ ١٣١ ، مغني المحتاج ٢/ ٥٨ ـ ٥٩ ، شرح الخرشي ٢/ ٦٨ ، الدسوقي ٣/ ١٢٦

٢ ـ إسقاط الخيار بصريح الإسقاط والإبراء عنه، أو التنازل بمقابل.

٣ ـ وجوب ترك الرد رعاية للمصلحة، بحكم الشرع.

٤ ـ الرضى بالعيب صراحة.

٥ ـ التصرفات الدالة على الرضا.

أولا: زوال العيب قبل الرد.

٥٢ ـ يسقط خيار العيب ـ الرد والأرش ـ إذا زال العيب قبل الرد، لأن الشريطة الأولى لقيام الخيار قد تخلفت، ويستوي في ذلك أن يزول بنفسه أو بإزالة البائع، على أن يتم ذلك في زمن يسير ومن غير إضرار بالمشتري.. ولهذا الزوال بعض الصور العملية التي تعرض لها ابن حجر في فتاواه، منها:

تدارك العيب بزمن يسير يمنع الخيار، وذلك فيما لو بيعت أرض وفي المبيع بذر تعهد البائع بتركه أو بالفراغ منه في زمن يسير، لا يتخير المشتري، كما لو اشترى دارا ثم رأى خللا بسقفها أو بالوعة.. يلزم القبول، ولا نظر للمنة اللاحقة به. ونحوه شراء أرض فيها دفين من حجر أو خشب.. لا تتخلل، وتركها غير مضر وقلعها مضر يسقط الخيار لكون النقل ينقص قيمتها أو يحتاج لمدة لها أجرة (ولا نظر لما في الترك من المنة لأنه ضمن عقد) وهذا الترك إعراض لا تمليك، فللبائع الرجوع فيه، فإذا رجع عاد خيار المشتري، فلو وهبها له بشروطه لزمه القبول وسقط خياره ولا رجوع للبائع.[1]

زوال العيب بالترك من غير لحوق منة: فيما لو أنعل المشتري الدابة ثم بان عيبها، فلو نزع النعل تعيبت وامتنع الرد، وإن تركه فله الرد وليس للبائع الامتناع عن القبول.

وجه عدم المنة في ذلك أن ما يقع في ضمن عقد يكون في مقابلة توفير غرض لباذله فلم توجد فيه حقيقة المنة، لاسيما وقد انضم إلى ذلك إجبار الشرع له على القبول فهو كاره له، والكاره للشيء لا يتوهم لحوق منة إليه بوجه من الوجوه.[2]

ثانيا ـ وجوب ترك الرد رعاية للمصلحة:

٥٣ ـ وذلك بأن تكون المصلحة في إمساك المعيب والعاقد مقيد التصرف: وذلك ما إذا كان في العقد غبطة، أي كانت القيمة أكثر من الثمن، ولهذا صور:

أ ـ لو كان المشتري مفلسا، لأن في الرد والحالة هذه تفويت الفرق على الغرماء.

ب ـ لو كان وليا يشتري لموليه في حال يصح فيها شراؤه له، كما لو اشتراه سليما ثم تعيب قبل القبض. لأن الرد تصرف صار بحق المولى عليه ولا يصح.

(١) الفتاوى الكبرى لابن حجر الهيتمي ٢/ ٢٤١

(٢) الفتاوى الكبرى لابن حجر ٢/ ٢٤٣

ج ـ أو كان عامل قراض ولم يصرح المالك بطلب الرد، للعلة نفسها.[1]

ثالثا ـ إسقاط الخيار بصريح الإسقاط، والإبراء عنه

٥٤ ـ ذكر الحنفية أن إسقاط المشتري خيار العيب إسقاط سائغ، لأن الخيار حق خالص للمشتري فله النزول عنه. وهو في هذا يخالف خيار الرؤية الذي لا يصح إسقاطه بصريح الإسقاط لأنه خيار حكمي ثبت بالشرع بل يسقط تبعا وضمنا.

هذا عن إسقاط خيار الرد. وأما حق الرجوع بالأرش (نقصان الثمن) فكذلك الأمر يجوز أن يتناوله صريح الإبطال، لأنه حقه كخيار الرد بالعيب لثبوته بالشرط (وهي السلامة المشروطة في العقد دلالة) والإنسان بسبيل من التصرف في حقه مقصودا استيفاء وإسقاطا.[2]

ومثل الإسقاط في الحكم الإبراء، بأن يبرئ المشتري البائع من العيب، لأن (الإبراء) في حقيقته إسقاط، وللمشتري هنا ولاية الإسقاط لأن الخيار حقه والمحل قابل للسقوط.[3]

هذا ولا يسقط الخيار بعوض عند الشافعية، فقد سئل ابن حجر الهيتمي عن بذل عوض لترك رد العيب، هل يجوز كعوض الخلع؟ فأجاب: «لا يجوز بذل العوض في مقابلة ترك خيار العيب، لا من الأجنبي ولا من البائع، لأنه خيار فسخ فأشبه خيار التروي في كونه غير متقوم».[1] وهذا غير الأرش لأنه ليس عوضا لترك الخيار أصلا، بل هو تقويم لنقصان الثمن اعترافا بالخيار وعملا بمضمونه.

رابعا ـ الرضا بالعيب صراحة:

٥٥ ـ رضا المشتري بالعيب بعد العلم به إذا عبر عنه بصورة صريحة، كلفظ: رضيت بالعيب، أسقطت خيار العيب، أجزت العقد، أمضيته، ونحو ذلك من العبارات المفيدة للرضا، فإن الخيار يسقط أصلا أي ينتهي حق الرد والأرش معا.

ذلك لأن حق الرد إنما هو لفوات السلامة المشروطة دلالة في العقد، وإذا رضي المشتري بالعيب بعد العلم به فقد دل على أنه نزل عن هذا الشرط، أو أنه لم يشترطه ابتداء وأنه لم يشترط السلامة دلالة، وقد ثبت الخيار نظرا له فإذا لم ينظر لنفسه ورضي بالضرر فذاك له.

وكذلك الحال إذا تناول الرضا بالعيب حق الرجوع بنقصان الثمن، كما لو انتقص المبيع في

---

(١) تحفة المحتاج بحاشية الشرواني ٤/ ١٠٠

(٢) بدائع الصنائع ٥/ ٢٨٤

(٣) البدائع ٥/ ٢٨٣

(١) الفتاوى الكبرى لابن حجر ٢/ ١٣٦ ـ ١٣٧

يد المشتري وامتنع الرد بسبب النقصان ويجب الأرش . لكن المشتري حينئذ أظهر رضاه بالعيب فإن الخيار يسقط جملة .

خامساً : التصرفات الدالة على الرضا :

٥٦ ـ الرضا بالعيب إما أن يكون صريحاً وإما أن يكون بالدلالة وغالبها الأفعال (أو التصرفات) وذلك بأن يوجد من المشتري (بعد العلم بالعيب) تصرف في المبيع يدل على الرضا بالعيب .

قال الكاساني : «كل تصرف يوجد من المشتري في المشترى بعد العلم بالعيب يدل على الرضا بالعيب يسقط الخيار» . (١)

والتصرفات بالنسبة لهذا المسقط يمكن تصنيفها إلى ثلاثة أنواع :

١ ـ تصرفات استعمال للمبيع واستغلال له وانتفاع منه :

٥٧ ـ وذلك بأي وجه كان دون انتقاص لعينه أو إتلاف له ، كلبس الثوب وركوب الدابة (لغير الرد ، أو السقي ، أو شراء العلف) وسقي الأرض أو زرعها أو حصادها ، أو عرض المبيع على البيع أو الإجارة ، أو مداواته واستخدامه ولو مرة . فإذا تصرف المشتري بذلك في المبيع بعد علمه بالعيب فهو دلالة على الرضا ، وهو دليل قصده الاستبقاء . ودليل الشيء في الأمور الباطنة ـ كالرضا ـ يقوم مقامها . (١)

٢ ـ تصرفات إتلاف للمبيع :

٥٨ ـ والمراد ما كان على غير وجه الاستعمال ، كالتمزيق للثوب ، وقتل الدابة ، فمثل هذا التصرف لغير مصلحته ، ويسقط به الخيار . (٢)

٣ ـ تصرفات إخراج عن ملكه :

٥٩ ـ إذا أخرج المشتري المبيع عن ملكه بأن عقد عليه عقداً من عقود التمليك كالبيع أو الهبة (مع التسليم) أو الصلح ، ثم اطلع على عيب قديم فيه ، سقط خياره لتعذر رد المبيع إلى البائع ، ففي هذه الحال لا سبيل إلى فسخ البيع بين المشتري الأول وبين بائعه لتعلق حق المشتري الثاني بالمبيع ، لأنه بالبيع صار حابساً له فكان مفوتاً للرد ، ولما كان امتناع الرد هنا بسبب المشتري فلا رجوع له بالنقصان أيضاً لأن من شرائطه أن لا يكون امتناع الرد بسبب المشتري . والإقدام على هذه التصرفات مع العلم بالعيب دليل الرضا بالعيب وسقوط الخيار من أساسه .

---

(١) البدائع ٥/ ٢٨٢

(١) فتح القدير والعناية ٥/ ١٧٧ ـ ١٧٨ ، وابن نجيم ٥/ ٢٨٤ ، ورد المحتار ٤/ ٩٠ ـ ٩١

(٢) شرح مختصر الطحاوي للإسبيجابي ، نقلاً عن حاشية الشلبي على الزيلعي ٤/ ٣٦

ولكن لو فسخ التصرف ورد إليه المبيع بخيار شرط أو رؤية (مثلا) فإن كان قبل القبض فله أن يرده على بائعه سواء كان الرد بقضاء القاضي أو بالتراضي (بالإجماع) وإن كان بعد القبض، فإن كان بقضاء القاضي فله أن يرده على بائعه (بلا خلاف)، وإن كان قبول البائع له بعد القبض بغير قضاء فليس له أن يرده.[1]

٦٠ ـ هذا مذهب الحنفية ـ الذي عليه التبويب ويندرج فيه الحنابلة ـ وقد اختلفت آراء غيرهم: فذهب المالكية إلى أن هذه التصرفات إن كانت بعوض فهي مسقطة للخيار: للرد والأرش معا، وإن كانت بغير عوض فله نقصان الثمن. ومستندهم فكرة استفادة عوض يستدرك به العيب الفائت. وذهب الشافعية إلى التفرقة بين تصرف يحصل به اليأس من عود المبيع للمشتري: كالوقف، فهو مانع للرد، وبين تصرف يرجى معه العود للملك، كالبيع فهو مسقط للخيار. وذهب الحنابلة إلى إطلاق الحكم في التصرفات كلها ـ إذا تصرف غير عالم بالعيب ـ فإنه مانع للرد وينتقل إلى الموجب الخلفي (نقصان الثمن) لتصرفه في ملكه غير عالم بالعيب فلم يكن في تصرفه دلالة على الرضا بالعيب فيقتصر أثره على منع الرد.[1]

إثبات خيار العيب:

٦١ ـ ذكر ابن رشد أنه إذا اتفق البائع والمشتري على حالة من أحوال خيار العيب وجب الحكم الخاص بتلك الحال. فإن أنكر البائع دعوى العيب الموجود فإما أن ينكر وجود العيب، أو ينكر قدمه.

ففي إنكار العيب إما أن يستوي في إدراكه جميع الناس وحينئذ يكفي شاهدان عدلان من أي الناس كانوا، وإما أن يختص بمعرفته أهل صناعة ما، فلابد من شهادة أهل تلك الصناعة، وفي مذهب المالكية خلاف فيما يكفي من ذلك:

قيل: لابد من عدلين. وقيل: لا يشترط في ذلك العدالة ولا العدد ولا الإسلام.

وكذلك الحال إن اختلفوا في كونه مؤثرا في القيمة، وفي قدمه أو حدوثه، ثم لم يتحدث عن أجوبة ذلك اكتفاء بانصياع أحوالها لأصول الإثبات المعروفة.[2]

---

(١) تبيين الحقائق ٤/ ٣٥ و٣٦، فتح القدير ٥/ ١٦٠، البدائع ٥/ ٢٨٢ و٢٨٩ «ولو باعه المشتري أو وهبه ثم علم بالعيب لم يرجع بالنقصان لأن امتناع الرد هاهنا من قبل المشتري لأنه بالبيع صار ممسكا عن الرد، لأن المشتري قام مقامه فصار مبطلا للرد الذي هو الحق فلا يرجع بشيء» وذكر من التصرفات المسقطة للخيار إعتاق الرقيق ومكاتبته أو التدبير.

(١) فتح القدير ٥/ ١٥٩ ـ ١٦٢، والبدائع ٥/ ٢٨٩، وشرح التحفة بحاشية الشرواني ٤/ ٣٦٣، والمقدمات لابن رشد ٢١٨، والخرشي ٥/ ١٣٠، المغني لابن قدامة ٤/ ١٢٤ ـ ١٢٥ م ٣٠١٧ ـ ٣٠٦٣

(٢) بداية المجتهد ٢/ ١٨٣

إثبات العيب، والاختلاف فيه:

٦٢ ـ الدعوى في العيب والخصومة فيه إما أن تحتاج إلى المرافعة، وإما أن يعتورها النزاع من الخصم، ويقع الاختلاف بين العاقدين في مسائل العيب بأنواعها من قدم وحدوث، وهل الرد لعين المردود أو غيره... الخ.

وفي مذهب المالكية والشافعية تفصيلات في تنازع المتبايعين في العيب أو في سبب الرد به معظمها تخضع لطرائق الإثبات العامة بعد شيء من التصور لمدعي المنكر.

كما تعرض الحنابلة للاختلاف في قدم العيب وحدوثه، بما لا يخرج عن طرق الإثبات العامة، لكنهم ذكروا ما يختص بموضوعنا أنه في العيب الذي لا يحتمل فيه إلا قول أحدهما، وادعى المشتري كونه قديما، كالجرح الطري، فالقول قول من يدعي ذلك بغير يمين.[1]

وتفصيل ذلك في مصطلحي: (قضاء، ودعوى).

انتقال خيار العيب:

٦٣ ـ اتفق الفقهاء على أن خيار العيب ينتقل إلى الوارث بموت مستحق الخيار.

---

(١) الدسوقي على الشرح الكبير ٣/ ١٣٢ ـ ١٣٣ وغيره من شروح خليل، شرح الروض ٢/ ٧١ ـ ٧٢، نهاية المحتاج ٤/ ٩٢ ط ٢، حاشية البجيرمي على شرح المنهج ٢/ ٢٦٦، والإقناع ٢/ ١٠١، والمغني ٦/ ١٢٥ ـ ١٢٦ م ٢٨ ٣٠

خيار الغبن

التعريف:

١ ـ الغبن في اللغة: النقص، فعله: غبن ـ من باب ضرب ـ يقال غبنه فانغبن، وغبن (بالبناء للمفعول) فهو مغبون أي منقوص من الثمن أو غيره.

وغبنه في البيع والشراء غبنا، وغبنة (وهي اسم المصدر) أي غلبه، وفي القاموس: غبنه في البيع: خدعه.[1]

والمعنى الاصطلاحي للغبن مستمد من المعنى اللغوي نفسه فهو ـ كما يقول ابن نجيم من الحنفية ـ: «النقص في الثمن في البيع والشراء». ومثله النقص في البدل في باقي عقود المعاوضات. ومعنى النقص هنا إذا كان المغبون هو المشتري أن لا يقابل جزء من الثمن بشيء من المبيع لزيادة الثمن عن أكثر تقويم للمبيع من أهل الخبرة.

---

(١) المصباح المنير، والمغرب، ومقاييس اللغة، ومختار ١/ ١٥٩

أما إذا كان المغبون هو البائع فالنقص في الثمن حقيقي.[1]

الخيارات المرتبطة بالغبن:

٢ ـ للغبن تأثير في كثير من المواطن، غير أنه أحيانا يناط به الحكم صراحة، وأحيانا يناط بسبب مادي أشد منه وضوحا، ويكون هو المؤثر الوحيد، أو أحد المؤثرات.

فمن المواطن التي يؤثر فيها: المبادلات الربوية بين الأجناس المتحدة، والاحتكار، وأنواع من البيوع المنهي عنها، كالنجش، وتلقي الركبان، وبيع الحاضر للبادي، والمصراة ونحوها من صور التغرير الفعلي، والبيع على بيع غيره (أي دخول أجنبي بين المتبايعين للاستئثار بالبيع أو الشراء)، وبيع المسترسل، وبيوع الأمانة، وحالة التغرير القولي المقترن بالغبن، لذا كان من الضروري استخلاص أحكام عامة في الغبن الذي تنشأ بسببه بضعة خيارات تختلف المذاهب تجاهها بين نفي وإثبات.

وقد اتخذ ابن قدامة[2] من الغبن مدارا لثلاثة خيارات هي:

١ ـ تلقي الركبان، إذا اشترى منهم ـ أو باعهم ـ بغبن.

(١) البحر الرائق ٧/ ١٦٩

(٢) المغني ٣/ ٥٢٢ ط ٣ع ٢٧٧٧

٢ ـ بيع النجش، بالزيادة في السلعة عن يعمل لمصلحة البائع دون إرادة الشراء ليقع المشتري في غبن.

٣ ـ المسترسل:[1] ولا ريب في أن خيار المسترسل من صميم خيارات الغبن، لأنه لا تغرير يوجه إليه، إنما هي خيانة طارئة من البائع بعد ما ركن إليه المشتري فترك المساومة في الثمن، ولاذ بالبائع ليجيره من الغبن فأوقعه فيه، فهو خيار غبن حقا.

وتلخيص مواقف المذاهب من الغبن واستلزامه الخيار أو عدمه هو بالصورة التالية:

الحنفية: لا يرون للمغبون خيارا إلا إذا كان مغررا به على الراجح، أو كان غبنا للقاصر.

المالكية: يقولون (في رأي) بالخيار للمغبون مطلقا، أو إذا كان مسترسلا لبائعه.

الشافعية: يقولون (في رأي) بالخيار

الحنابلة: يقتصرون على إثبات الخيار لمن كان مسترسلا وغُبن.

ضابط الغبن المعتبر، وشرطه:

٣ ـ الغبن الذي يرد به شرعا هو الغبن

(١) المسترسل هو الجاهل بقيمة السلعة ولا يحسن المبايعة. قال الإمام أحمد: المسترسل هو الذي لا يماكس، فكأنه استرسل إلى البائع فأخذ ما أعطاه من غير مماكسة ولا معرفة بغبنه. المغني ٣/ ٥٨٤

الفاحش، والإطلاق محمول عليه كلما ذكر في مجال الرد.

والمراد بالغبن الفاحش عند الحنفية والمالكية في الراجح والحنابلة في قول أن العبرة في تقدير الغبن على عادة التجار. وإن اختلفت عباراتهم فإنها كلها تؤدي إلى هذا المعنى.

وإنما كانت العبرة بتقويم المقومين، لأنهم هم الذين يرجع إليهم في العيوب ونحوها من الأمور التي تقتضي الخبرة في المعاملات.[1]

والقول الثاني لكل من المالكية والحنابلة أن المعتبر في الغبن الثلث، والقول الثالث للمالكية مازاد على الثلث.[2]

شرط خيار الغبن :

٤ ـ يشترط لقيام خيار الغبن أن يكون المغبون جاهلا بوقوعه في الغبن عند التعاقد. وفي تلك الحال ورد حديث حبان.[3] الذي احتج به بعض القائلين بالخيار (وفيه أنه هناك اشتراط عدم الخلابة أو الغبن) أما إذا كان عالما بالغبن

(١) رد المحتار ٤/ ١٥٩، البحر الرائق ٦/ ١٦٩، جامع الفصولين ٢/ ٣١، الفتاوى الخيرية ١/ ١١٠، شرح المجلة لعلي حيدر عند المادة/ ١٦٥، والبدائع ٦/ ٣٠

(٢) الحطاب شرح خليل ٤/ ٤٧٢

(٣) حديث حبان بن منقذ تقدم في بحث (خيار) وتقدم تخريجه

وأقدم على التعاقد فلا خيار له، لأنه أتي من قبل نفسه فكأنه أسقط حقه راضيا.[1]

موجب الخيار :

٥ ـ إذا تحقق أن المغبون مسترسل، وكان الغبن خارجا عن المعتاد فللمغبون الخيار بين الفسخ والإمضاء مجانا، فهذا هو الموجب ليس غيره، أي إن أمسك المغبون فيه لم يكن له المطالبة بالأرش، وهو هنا مقدار الغبن.[2]

مسقطاته :

٦ ـ يسقط خيار الغبن (مع التغرير) عند الحنفية ـ على ما تضمنته المجلة العدلية ـ بما يلي :

١ ـ هلاك المبيع، أو استهلاكه، أو تغييره، أو تعيبه : وفي حكم الاستهلاك تعلق حق الغير. وليس له أن يدعي بشيء مقابلة لنقصان ثمن المبيع.

٢ ـ السكوت والتصرف بعد العلم بالغبن : فإذا تصرف المغبون في المبيع بعد علمه بالغبن تصرف الملاك بأن عرض المبيع للبيع مثلا، سقط حق الفسخ.

٣ ـ موت المغبون : فلا تنتقل دعوى (التغرير مع

(١) البحر الزخار ٣/ ٣٥١، المكاسب ٢٣٥ ـ ٢٣٦

(٢) المغني ٤/ ١٠٢، دليل الطالب ص ١١

الغبن) إلى الوارث، أما موت الغابن فلا يمنع.[1]

خيار غبن المساومة:

٧ ـ لا يرى الحنفية والشافعية والحنابلة خيار الغبن في المساومة، وكذلك المالكية في الراجح، وهم والحنابلة قد اقتصروا على خيار الغبن للمسترسل (كما سيأتي) ولابد من إفراد الحنفية والمالكية بالذكر لتحقيق مذهبهم في خيار الغبن.

خيار الغبن في مذهب المالكية:

٨ ـ اختلف النقل عن المالكية في كتب الخلاف في شأن خيار الغبن المجرد والراجح نفيهم له، والذي رجحه شراح خليل هو أن الغبن لغير المسترسل لا خيار فيه مهما كان فاحشا.[2]

واحتج ابن عبد السلام من المالكية للمذهب المشهور (لزوم العقد مع الغبن المجرد) بحديث شرائه ﷺ جمل جابر، فقد قال له مساوما: أتبيعه بدرهم؟ فقال: لا، ثم ثبت أنه باع بخمس أواق على أن له ظهره إلى المدينة.[3] فالثمن الأول بالنسبة للأخير غبن، ولو كان معه خيار لما أقدم عليه النبي ﷺ.[1]

حكم الغبن عند الحنفية:

٩ ـ في مذهب الحنفية خلاف حول الغبن المجرد في بيع المساومة إذا تجرد عن التغرير على ثلاث روايات:

١ ـ لا يرد بالغبن الفاحش مطلقا (صاحبه تغرير أولا).

٢ ـ ثبوت حق الرد بالغبن الفاحش مطلقا (بقطع النظر عن التغرير).

٣ ـ ثبوت الرد بالغبن الفاحش إن صاحبه تغرير، أي لا يكون الخيار للمغبون مطلقا، بل للمغبون المغرور، وهو الراجح عندهم.[2]

خيار غبن المسترسل

تعريف المسترسل:

١٠ ـ عرف المالكية المسترسل بأنه: المستسلم لبائعه.[3]

أما الحنابلة فهو عندهم: الجاهل بقيمة السلعة، ولا يحسن المبايعة. ويلاحظ هنا أن

---

(١) مجلة الأحكام العدلية (المستمدة من المذهب الحنفي) المواد ٣٤٨ ـ ٣٦٠.

(٢) الحطاب ٤/ ٤٧٠ ـ ٤٧٢.

(٣) حديث جابر: أخرجه البخاري (الفتح ٥/ ٣١٤ ـ ط السلفية)، ومسلم (٣/ ١٢٢٣ ـ ط الحلبي) وأحمد (٣/ ٣٧٦ ـ الميمنية).

(١) الحطاب ٤/ ٤٦٩.

(٢) رد المحتار ٤/ ١٥٩ ـ ١٦٦، تحبير التحرير في إبطال القضاء بالفسخ بالغبن الفاحش بلا تغرير، وهي في مجموعة رسائله ٢/ ٦٨ ـ ٨٢.

(٣) الحطاب ٤/ ٤٧١.

الخلاف في مذهب أحمد، لأن الغبن لحقه لجهله بالبيع، خلافا لغير المسترسل فقد دخل على بصيرة فهو كالعالم بالعيب، وهو مقيس على النجش وتلقي الركبان، وهناك رواية ذكرها ابن أبي موسى (بصيغة: قيل) مقتضاها أن الغبن لازم للمسترسل أيضا، لأن نقصان قيمة السلعة مع سلامتها لا يمنع لزوم العقد، كبيع غير المسترسل، وكالغبن اليسير.[1]

خيار غبن القاصر (وشبهه):

١٣ ـ أثبت هذا الخيار المالكية في حال غبن الوصي عن القاصر أو الوكيل عمن وكله درءا للضرر عن القاصر والموكل، وبعض المذاهب لجأت إلى إبطال العقد المشتمل على غبنهما.[2]

فإذا كان البائع ـ أو المشتري ـ بالغبن وكيلا أو وصيا، فيرد ما صدر منهما من بيع أو شراء (أي يثبت حق الرد).

وخيار غبن القاصر يثبت في عقد الشراء اتفاقا بين فقهاء المالكية، واقتصر عليه بعضهم، فأجازوا البيع بالغبن للصبي أو للمتصرف عن الغير، لأن البيع إزالة ملك، فلا يتحقق الغبن فيه، ومن ثمة قيل: البيع مرخص وغال. فإذا باع القاصر بغبن لا خيار له عند هؤلاء.[1]

موجب خيار غبن القاصر:

١٤ ـ هل للقائم في الغبن في مسألة بيع الوصي والوكيل نقض البيع أو المطالبة بتكميل الثمن؟ وكيف لو تصرف المبتاع في ذلك بيع؟

أفاض الحطاب في المسألة ناقلا عن ابن رشد في فتوى له ثم قال: والراجح من الأقوال أن للقائم بالغبن نقض البيع في قيام السلعة، وأما في فواتها فلا نقض، وأن القيام بالغبن يفوت بالبيع (أي فيلجأ إلى تكميل الثمن)، أما مع إمكان الرد فهو الموجب).[2]

مسقطات خيار غبن القاصر:

١٥ ـ ذكر المالكية أن هذا الخيار يسقط بما يلي:

١ ـ التصرف في المبيع.

٢ ـ التلف، أو ما يسميه المالكية (فوات المبيع) قال الحطاب: فإن فات المبيع رجع الموكل والمحجور عليه على المشتري بما وقع الغبن والمحاباة به، فإن تعذر الرجوع على المشتري رجع على البائع ـ وهو الوكيل والوصي ـ بذلك.

---

(١) المغني ٣/ ٤٩٨م ٢٧٧٧، الاختيارات، للعلاء البعلي ص ٢.

(٢) نصت مجلة الأحكام العدلية (المستمدة من المذهب الحنفي) في المادة ٣٥٦ على أنه استثناء من عدم التخيير في الغبن المجرد عن التغرير إذا وجد الغبن (وحده) في مال اليتيم لا يصح البيع. ومال الوقف وبيت المال حكمه حكم اليتيم. وقال الشراح: إنه يكون باطلا.

(١) الحطاب ٤/ ٤٧٦، الدسوقي ٣/ ١٤٠

(٢) الحطاب ٤/ ٤٧٢

وإن اشتريا بغبن، وفات ذلك للمشتري، رجع الموكل والمحجور عليه على البائع بما وقعت المحاباة والغبن به، فإن تعذر الرجوع على البائع رجعا على المشتري وهو الوكيل أو الوصي. صرح به ابن عتاب وغيره.

ولا يتقيد الرجوع هنا بالثلث، فيرجع بكل ما نقص عن القيمة نقصا بينا، أو زاد عليها زيادة بينة وإن لم يكن الثلث. وهو الصواب على ما قال ابن عرفة، وهو مقتضى الروايات في المدونة.[1]

(١) حاشية الدسوقي ٣/ ١٤٠، الحطاب ٤/ ٤٧٢ - ٤٧٣

خيار فوات الشرط

التعريف:

١ - سبق تعريف الخيار لغة واصطلاحا في مصطلح (خيار) وكذلك سبق تعريف الشرط في مصطلح (خيار الشرط) وفوات الشرط: هو عدم تحقيق الغرض منه، وخيار فوات الشرط: هو خيار يثبت بفوات الفعل المشروط من العاقد فوق مقتضى العقد.[1]

الألفاظ ذات الصلة:

٢ - لهذا الخيار صلة بأنواع الخيارات الأخرى من حيث إنها جميعا تسلب لزوم العقد مع انفراد كل خيار بالإضافة المثبتة له، كالعيب أو الرؤية ونحو ذلك، وينظر ما يتصل بكل خيار في مصطلحه.

الأحكام المتعلقة بخيار فوات الشرط:

٣ - من المبادئ المقررة عند الحنفية أن العاقد إذا امتنع عن الوفاء بشرط التزم به للعاقد الآخر في العقد - وكان شرطا صحيحا - فإن الأصل أن

(١) بدائع الصنائع ٥/ ١٧١، شرح منتهى الإرادات ٢/ ١٦٠ - ١٦١

يتوصل المشترط إلى تنفيذه بالرجوع إلى القضاء ليوفي المتخلف عن الشرط جبرا، وهذا في شرط يمكن الإجبار عليه، بخلاف ما لا يمكن إجبار الممتنع على فعله. كالتزامه بأن يقدم رهنا بالثمن. فهم هنا يثبتون خيار فوات الشرط وإن كانوا لا يسمونه بذلك، بل يعبرون بأن له حق فسخ العقد. يقول الكاساني: يقال له: إما أن تدفع الرهن - أو قيمته - أو تؤدي الثمن (عاجلا) أو يفسخ البائع البيع. ولو امتنع المشتري من هذه الوجوه فللبائع أن يفسخ البيع لفوات الشرط والغرض.

ثم نص على أن مثله البيع بشرط إعطاء الكفيل، ولم يجعل مثله شرط الحوالة والضمان.[1]

أما الشافعية فقد أخذوا بمبدأ النهي عن بيع وشرط، كما لو باعه بشرط أن يقرضه، أو اشترى ثوبا بشرط أن يخيطه البائع، أو زرعا بشرط أن يحصده البائع. لكنهم استثنوا من النهي عن بيع وشرط صورا حكموا بصحتها، كالبيع بشرط الأجل، أو الرهن، أو الكفيل - مع المعلومية والتعيين في ذلك كله - أو بشرط الإشهاد.

فإن لم يوف الملتزم بالشرط بأن لم يرهن أو لم يتكفل الكفيل المعين ثبت الخيار للمشترط لفوات الشرط.

ولا يجبر من شرط عليه الشرط على القيام به شرطه لزوال الضرر بالفسخ، كما لا يقوم غير المعين مقامه إذا تلف.[1]

ونحو ذلك للحنابلة فقد نصوا على أنه في البيع بشرط الرهن والكفيل إن وفى الملتزم بالشرط لزم العقد، وإن أبى فللمشترط الخيار بين الفسخ والإمضاء بدون مقابل عن ترك الرهن والكفيل.[2]

والمذهب الحنبلي هو أوسع المذاهب عناية بالشروط وذلك باعتبار أن الأصل في العقود رضا المتعاقدين ونتيجتها هو ما أوجباه على أنفسهما بالتعاقد.[3] وقد اعتدوا مبدأ مقتضى العقد في اعتبار الشروط بعدمه وصنعوا من مفهومه، على

(١) وفي البدائع ٥/ ١٧١ و١٧٢ وذكر صورا من الشروط، منها أما لو اشترى نعلا أو جلدا على أن يحذوه البائع أو جرابا على أن يخرزه له خفا. جائز استحسانا للتعامل، وأما شراء ثوب على أن يخيطه البائع له فهو فاسد لعدم التعامل، ويظهر من هذا التعليل إمكان إلحاق كل ما جرى التعامل به فيسقط القياس بتعامل الناس كما سقط في الاستصناع

(١) مغني المحتاج ٢/ ٣٤، نهاية المحتاج ٣/ ٤٥٥ الجمل على شرح المنهج ٣/ ٧٥ - ٧٦ رهو على تحرير لأنه خيار نقص المجموع ٩/ ٤١٩ الشروط الجائزة فقط دون موجب فواتها

(٢) منتهى الإرادات ٢/ ١٦٠ - ١٦١ المغني م٥ ٣٣٥٥ وذكروا من صور هذا الخيار أن يتلف الرهن المشروط فللبائع المرتهن الخيار (المغني م٤ ١٨٨٢)

(٣) فتاوى ابن تيمية ٣/ ٣٢٩

أساس أن مصلحة العاقد هي من مقتضى العقد ولو لم يوجبها العقد فأباحوا أكثر من شرط الرهن والكفيل الذي اقتصر عليه غيرهم، على أن يكون مما لا يصادم نصا شرعيا أو أصلا من أصول الشريعة.

وذهب الحنابلة إلى أن الشرط قد يكون في ذاته غير ملزم شرعا للمشروط عليه ومع ذلك يصح اشتراطه وتكون ثمرة صحة اشتراطه تمكين المشروط له من فسخ العقد عند عدم وفاء المشترط.[١]

ولم يذكر الحنابلة مع هذا خيار فوات الشرط في عداد ما أوردوه من خيارات.[٢] إلا أن صاحب «غاية المنتهى» استوجه أن يزيد على الخيارات الثمانية المتداولة عند الحنابلة (باستمرار) قسما تاسعا من أقسام الخيار وهو الخيار الذي يثبت للمشتري لفقد شرط صحيح، أو لفقد شرط فاسد، سواء كان يبطل العقد أو لا يبطله، وقد أقره الشارح على ذلك الاستدراك. وإن كانت فائدته شكلية فالخيار كما رأيت معتبر في المراجع الفقهية للحنابلة وإن لم تبرزه استغناء عنه بما يوردونه في خيار الشرط من صوره وثبوته.[١]

انتقاله بالموت :

٤ ـ نص الشافعية على أن الخيار الثابت للبائع عند عجز المشتري عن تسليم الرهن المشروط في البيع ينتقل إلى الوارث بلا خلاف.[٢]

سقوطه وبقية أحكامه :

٥ ـ ينطبق ما يجري في خيار العيب كما ذكر في الكلام عن خيار فوات الوصف. (ر: خيار فوات الوصف).

(١) الشرح الكبير على المقنع ٤/ ٣٧٥، والمغني ٤/ ٤٣٠، وكشاف القناع ٣/ ٢٥١

(٢) المقنع وحاشيته ٦/ ٢٥، والمغني ٤/ ٤٣٠، ومنتهى الإرادات ٢/ ١٦٦، ١٦٧، كشاف القناع ٣/ ١٧٧ و١٩٨، وهو أوسعها سردا للخيارات.

(١) مطالب أولي النهى شرح غاية المنتهى ٣/ ١٣٧

(٢) المجموع ٩/ ٣٦٠، فتح القدير ٥/ ١٢٥

خيار فوات الوصف

التعريف :

١ - التعريف المختار لخيار فوات الوصف مستمداً من ماهية هذا الخيار، هو (حق الفسخ لتخلف وصف مرغوب اشترطه العاقد في المعقود عليه).

ومثاله : أن يشتري إنسان شيئاً ويشترط فيه وصفاً مرغوباً له، كمن اشترى حصاناً على أنه عربي أصيل فإذا هو هجين، أو اشترى جواداً على أنه هملاج (سريع المشي في سهولة) فإذا هو بطيء، أو سريع في اضطراب وعسر، وكذلك شراء البقرة على أنها حلوب (كثيرة اللبن زيادة عن المعتاد في أمثالها).

ومن الأمثلة العملية: اشتراط كون الكفيل صائداً، وشرط كون الثمن مكفولاً به.[1]

تسميته :

٢ - يسمى هذا الخيار أيضاً بخيار خلف الوصف المشروط، وقد يقتصر على (خيار الخلف) أو يدعى (تخلف الصفة)، وأحياناً يسميه بعض المصنفين (خيار الوصف) لكن هذه التسمية موهمة لأن خيار الوصف يطلق عند الأكثرين على مطابقة المبيع الغائب للوصف إذا بيع على الصفة، وهو مما يكتفي به خيار الرؤية إلا عند من يراه للتروي وليس طابق، كما أن بعضهم يبحثه مستقلاً، وآخرون يلحقونه بخيار العيب أو خيار الشرط.[2]

مشروعية اشتراط الوصف في البيع :

٣ - لا سبيل إلى إثبات مشروعية هذا الخيار إلا بإثبات مرضوعه وهو (اشتراط صفة مرغوبة في المعقود عليه لولا الاشتراط لم تثبت)، ومستند صحة هذا الاشتراط هو تسويغ الشروط العقدية، وقد كان للفقهاء في هذه النظرية مواقف مختلفة مع صعيد مشترك بينهم هو الصحة، بعد توافر ما يتطلبه كل مذهب من شرائط. وهذا الموضوع واقع في النطاق الذي لا خلاف فيه بين الفقهاء، وهو (الشرط الذي يعتبر من مصالح العقد) كاشتراط الرهن أو

(١) فتح القدير ٥/ ١٣٥، ومطالب أولي النهى ٣/ ١٣٧

(٢) فتح القدير ٥/ ١٣٥ وجعله صاحب العناية مسألة في خيار الشرط، تكملة المجموع ١٢/ ٣٦٤ وألحقه بخيار العيب وكذلك المالكية فقد ابتدأه (خليل) الحاكم للعيب بعدما مهد بتقسيم موجب الرد إلى قسمين: أولها: بعدم مشروط فيه غرض (ولو عادة) والثاني: بما العادة السلامة منه (وهو خيار العيب). الخرشي على خليل ٤/ ٣٥، الدسوقي ٣/ ١٠٨

الكفيل. أما اشتراط صفة زائدة فهو مقيس عليه.

وسبب اعتبار الحنفية اشتراط الوصف سائغا أنهم أنزلوه منزلة الشرط الذي يقتضيه العقد إذا كان لا غرر فيه، ذلك أن الوصف لو كان موجودا في المبيع، دون التفات إلى اشتراط المشتري له، فإنه يدخل في العقد ويكون من مقتضياته، فكان اشتراطه صحيحا إذا لم يكن فيه غرر.[1]

ثم إن الوصف المرغوب فيه يرجع إلى صفة الثمن أو المثمن، فهو ملائم للعقد.[2]

٣م - ولما كان المهم في تسويغ اشتراط الصفة الأثر المترتب على الإخلال بالشرط هل هو الفساد - كما هو الحال في الاشتراط في غير الصفات - أم التخيير بين أمرين أحدهما الرد؟

ذهب جمهور الفقهاء إلى أن الأثر هو التخيير، ولم يقولوا بفساد العقد حين تخلف الوصف لأن تخلفه لا يؤدي إلى اختلاف الجنس وذلك حيث يقع فيه العقد على جنس فيظهر أن المبيع جنس آخر، وإنما لم يكن كذلك هنا لأن فوات الوصف راجع إلى اختلاف النوع

(١) فتح القدير ٥/ ١٣٥

(٢) العناية شرح الهداية ٥/ ١٣٦، والبدائع ٥/ ١٦٩، والمغني ٤/ ١٣٩ على أحد وجهين وهو الأولى لأن فيه مقصدا صحيحا.

لقلة التفاوت في الأغراض، فلا يفسد العقد بفواته. وصار كفوات وصف السلامة الذي فيه خيار العيب، فيكون في هذا خيار الوصف بالقياس.[1]

مشروعية خيار فوات الوصف:

٤ - ذهب إلى إثبات هذا الخيار الحنفية والمالكية والحنابلة والشافعية في الأصح.[2]

ويستند ثبوته على ثبوت خيار العيب، وبيان ذلك أن فوات الوصف المرغوب بعد أن حصل في العقد الالتزام من البائع به، هو في معنى فوات وصف السلامة في المبيع إذا ظهر فيه عيب، فكما يثبت في الصورة الأخيرة خيار العيب يثبت في الصورة الأولى خيار الوصف. وكل من الخيارين ثبت لتخلف شرط في المحل، غير أن الشرط في خيار العيب ثابت دلالة، كما يقول الكاساني، أما في خيار الوصف فهو ثابت نصا.[3]

ولهذا أورد الشافعية خيار فوات الوصف تاليا لخيار العيب أو مختلطا به، كما فعل الشيرازي، وقد علل حق الخيار فيه بأنه ظهر أنقص مما شرط،

(١) الهداية وشرحها العناية ٥/ ١٣٦

(٢) البدائع ٥/ ١٦٩، المهذب وتكملة المجموع ١٢/ ٣٦٤، الدسوقي على الشرح الكبير ٣/ ١٠٨

(٣) الكاساني: بدائع الصنائع ٥/ ٢٧٣ و١٦٩

وأضاف السبكي: فصار كالعيب الذي يخرج النقص عما اقتضاه العرف.[1]

شرائط قيام خيار فوات الوصف:

٥ - هذه الشرائط بعضها ينبغي وجوده في الوصف ليكون معتبرا اشتراطه، وبعضها يتصل بتخلف الوصف وفوته لينشأ عن ذلك صحة البيع مع الخيار بدلا من الفساد أو البطلان.

شرائط الوصف المعتبر:

٦ - يشترط لكون الوصف معتبرا:

١ - أن يكون المطلوب وجوده وصفا، أما لو كان ملكية عين أخرى أو منفعة ونحو ذلك مما هو ليس من قبيل الأوصاف فليس من باب فوات الوصف وإنما هو من باب الشروط. ومن هنا ذهب الحنفية إلى فساد اشتراط كون الشاة حاملا، لأن ذلك ليس بوصف بل اشتراط مقدار من المبيع مجهول، وضم المعلوم إلى المجهول يجعل الكل مجهولا، وقد ذكر ابن عابدين أن الوصف، ما يدخل تحت المبيع بلا ذكر، كالجودة، والأشجار، والبناء، والأطراف.[1]

٢ - أن يكون الوصف المرغوب مباحا في الشرع، (أو مقررا منه): فاشتراط المحظور من الأوصاف لاغ. كاشتراطه في الكبش كونه نطاحا، أو الديك صائلا (لاستعماله في صور من اللهو محظورة) لأن ما لا يقره الشارع يمتنع الالتزام به.[2]

٣ - أن يكون الوصف منضبطا (ليس فيه غرر): وذلك بحيث يمكن معرفته والحكم بوجوده وعدمه.

٤ - أن يكون الوصف مرغوبا فيه: وذلك بحسب العادة، فلو شرط ما ليس بمرغوب أصلا، كأن يكون معيبا فإذا هو سليم فلا خيار له. ويتصل بالكلام عن مرغوبية الوصف أن يتحقق في المبيع وصف أفضل من الوصف المرغوب، فإذا تبين أن الوصف خير مما اشترطه فالعقد لازم ولا خيار له، وذكروا من أمثلته أن يشترط في الجمل أنه بعير فإذا هو ناقة، والمشتري من أهل البادية الذين يرغبون ما فيه

---

(١) المهذب وشرحه (تكملة المجموع) للسبكي ١٢/ ٣٦٤ - ٣٦٥ وقد رأينا في عبارات الشافعية كيف جعل الغزالي تخلف الوصف أحد أسباب النقيصة الثلاثة (الوجيز ٢/ ١٤٦)

(١) البدائع ٥/ ١٧٩ لأن المشروط صفة محضة للمبيع أو الثمن لا يتصور انقلابها أصلا ولا يكون لها حصة من الثمن بحال. ولو كان موجودا عند العقد يدخل فيه من غير تسمية. وقال في شرط (الحمل في الجارية): الشرط فيه عيب وهو الحمل فلا يصلح شرطا

(٢) فتح القدير ٥/ ١٣٥، والعناية ٥/ ١٣٦، ورد المحتار ٤/ ٤٦

الغزّ والشمل.[1] ولأصحاب المذاهب تفصيل في ضبط الوصف المرغوب، فالمالكية يرون أنه ما فيه غرض للعاقد سواء كان فيه مالية أم لا، لأن الغرض أعم من المالية، والشافعية يرون أنه ما فيه مالية لاختلاف القيم بوجوده وعدمه، وأوجزه ابن حجر بقوله: الذي يدل على كلامهم: أنه كل وصف مقصود منضبط فيه مالية. وذكر السبكي تقسيم إمام الحرمين والغزالي والرافعي الصفات المشروطة إلى ثلاثة:

١ ـ أن يتعلق بها زيادة مالية يصح التزامها ويثبت الخيار بتخلفها.

٢ ـ أن يتعلق بها غرض صحيح غير المال وتخلفها يثبت الخيار على خلاف.

٣ ـ أن لا يتعلق بها مالية ولا غرض مقصود، واشتراطها لغو لا خيار بفقده، ثم استحسن من النووي جعلها قسمين بالاقتصار على الغرض المقصود أو عدمه.[2]

(١) العناية وفتح القدير ٥/ ١٣٦ وقد فصّل ابن الهمام وغيره مسألة اشتراط الحمل في الأمة المبيعة. المجموع ٩/ ٣٢٤، المغني ١/ ١٣٩، مغني المحتاج ٤/ ٣٤، الفتاوى الكبرى لابن حجر ٢/ ١٣٩

(٢) البدائع ٥/ ١٧٢. الدسوقي على الشرح الكبير ٣/ ٨-١٠، الفتاوى الكبرى لابن حجر ٢/ ١٣٩، تكملة المجموع ١٢/ ٣٦٥ و ١٢/ ٣٦٦. الأجود اعتبار قوة الغرض وضعفه دون اعتبار المالية، والغرض قد يتعلق بصفة ولا يقوم غيرها مقامها وإن كان أفضل منها من جهة أخرى.

٥ ـ أن يشترط المشتري الوصف المرغوب، ويوافق على ذلك البائع في العقد، فلا يعتبر حال المشتري قرينة كافية عن الاشتراط.

وذلك لأن هذا الوصف يستحق في العقد بالشرط ـ لا بمجرد العقد ـ فلولاه لما استحق.[1]

على أنه تعتبر حال المشتري في تفسير الوصف فيما إذا حصل اشتراطه بصورة مقتضبة. وكذلك يؤخذ حال المشتري بالاعتبار في الحكم على الوصف الموجود في المبيع، هل هو أفضل من الوصف المشروط فيسقط خياره أم دونه. ولو اشترى كلبا معروفا بأنه صائد ثم تبين نسيانه، يثبت للمشتري خيار الوصف ولو لم يشترط صراحة، ككون الكلب صائدا، لأن الظاهر أنه اشتراه رغبة في هذه الصفة، فصارت مشروطة دلالة.[2]

وفي منزلة الشرط الصادر من المشتري ما يصدر من البائع من المناداة على السلعة حال البيع إنها كذا وكذا، فترد بعدم هذا الوصف.

قال الدسوقي: ولا يعد ما يقع في المناداة من تلفيق السمسار حيث كانت العادة أنهم يلفقون مثل ذلك، فلا رد عند عدم ما ذكره في المناداة

(١) العناية وفتح القدير ٥/ ١٣٦

(٢) فتح القدير ٥/ ١٣٧

على الظاهر لدخول المشتري على عدم ذلك.[1]

شرائط تخلف الوصف (أو فواته):

٧ - يشترط في تخلف الوصف (لبقاء العقد صحيحا واستلزامه الخيار):

أ - أن يكون التخلف داخلا تحت جنس المبيع، أما لو اشترط أن الثوب قطن فإذا هو كتان فالعقد غير صحيح لاختلاف الجنس. ولما كان فوات الوصف الذي يؤدي إلى اختلاف حال المبيع عن المعقود عليه غامضا، وضع الفقهاء له ضابطا يرجع إليه لإعطاء كل حالة حكمها المناسب من بين الأحكام الثلاثة: الفساد، الصحة وثبوت الخيار، الصحة دون خيار.[2]

والضابط هو فحش التفاوت في الأغراض وعدمه وذلك بأن يقارن المبيع بالمسمى في العقد ويرى مدى الاختلاف بينهما. فإن كان المبيع من جنس المسمى والاختلاف في النوع فحسب، ففيه الخيار، أما إن كان التفاوت في الجنس فحكمه الفساد.

وهذا تفصيل جيد أورده ابن الهمام[3] وهو مثال يحتذى للتمييز في غير الذوات التي اتخذها موضوعا للتوضيح. فقد ذكر أن ضابط اختلاف الموجود عن المشروط هو أن كان المبيع من جنس المسمى ففيه الخيار[1] وذكر أن ما فحش التفاوت بين أغراضه فهو أجناس، وما لم يفحش فهو جنس واحد. وأورد فيما يخص من الثياب أجناسا كالكتان، والقطن. وأن الذكر مع الأنثى.

وأما اختلاف النوع دون الجنس فمن أمثلته: شراء لحم على أنه لحم معز فإذا هو لحم ضأن، وعكسه.[2]

حد الفوات:

٨ - إذا وجد المشتري في المبيع بعد قبضه أدنى ما يطلق عليه اسم الوصف المشترط فلا يكون له حق الرد، أما إن لم يجد الوصف أصلا أو وجد منه شيئا يسيرا ناقصا بحيث لا يطلق الاسم عليه فله حق الرد.

ومثاله أن يشترط في شراء الكلب أن يكون كلبا صائدا، فوصف الصيد له مفهوم وهو الاستجابة للدعوة إلى الانقضاض على الصيد والائتمار بأمر مرسله بحيث يرجع إذا استدعاه أو

(١) الدسوقي على الشرح الكبير ٣/ ١٠٨

(٢) فتح القدير ٥/ ١٣٦

(٣) فتح القدير ٥/ ١٣٦

(١) ونحوه ضابط الشافعية بالجنس وتعليلهم عدم الصحة في بعض الصور بأن العقد وقع على جنس فلا ينعقد على جنس آخر (تكملة المجموع ١٢/ ٣٣٤)

(٢) فتح القدير ٥/ ١٣٧، تكملة المجموع ١٢/ ٣٧١

ينطلق إن أعراه، فمتى وجد هذا الوصف ولو لم يكن بالصورة المثلى التي ينـدر معهـا إفـلات الفريسـة منه، لم يكن له حق الرد. أما إذا كان لا يصيـد أصـلاً، أو يصيـد بصورة ناقصـة لا يستحق معها أن يسمى (صائداً) فله حق الرد.[١]

٢ ـ أن يكون فوات الوصف المشترط ليس عيباً:

٩ ـ وقد تواردت عبارات فقهاء المذاهب المثبتين لهذا الخيار على أن الصفة المفقودة ينبغي أن تكون مما لا يعد فقدها عيباً، وإلا كانت القضية من باب خيار العيب.[٢]

موجب خيار فوات الوصف:

١٠ ـ إذا تحقق فوات الوصف المشروط ـ كما سبق ـ وكان مستوجباً الشرائط ثبت للمشتري الخيار، وماهية هذا الخيار أن يكون له حق رد المبيـع، أو أخـذه بجميـع الثمن دون أرش للوصف الفائت.[٣]

هذا، إذا لم يمتنـع الـرد، فإن امتنـع الرد بسبب من الأسباب رجع المشتري على البائع بحصة الوصف الفائت من الثمن، وذلك بأن يقوّم المبيع موصوفاً بذلك الوصف وغير متصف به، ويرجع بالتفاوت.

وهناك رواية عن أبي حنيفة أنه لا يرجع بشيء، لأن ثبوت الخيار للمشتري بالشرط لا بالعقد، وتعذر الرد في خيار الشرط لا يوجب الرجوع على البائع، فكذا هذا، والصحيح الرواية السابقة ـ وهي من ظاهر الرواية ـ لأن البائع عجز عن تسليمه وصف السلامة، كما في العيب.

أما انحصار الخيار في أمرين، هما الرد أو الأخذ بجميع الثمن، وعدم تخويل المشتري الرجوع بحصة الفوت إلا عند امتناع الرد، فهو أن الفائت وصف، والأوصاف لا يقابلها شيء من الثمن، لكونها تابعة في العقد تدخل من غير ذكر، ولو فاتت بيد البائع قبل التسليم لم ينقص من الثمن شيء.[٤]

---

(١) فتح القدير والعناية ٥/ ١٣٥، وتكملة المجموع ١٢/ ٣٦٥ يكفي أن يوجد من الصفة المذكورة ما ينطلق عليه الاسم ولا يشترط النهاية فيها، البدائع ٥/ ١٦٩، الحطاب ٤/ ٤٤٧، كشاف القناع ٣/ ٣٦

(٢) المجموع شرح المهذب ٩/ ٣٢٤، المغني ٤/ ١٣٩، تذكرة الفقهاء ١/ ٥١٠

(٣) فتح القدير ٥/ ١٣٦، المغني ٤/ ٨٣٩ ط ٤

(٤) فتح القدير ٥/ ١٣٥، والعناية ٥/ ١٣٦ ولينظر التفصيل لنسبة الأوصاف وعدم مقابلتها بشيء من الثمن (٥/ ٩١ ـ ٩٢) من الفتح والعناية. تكملة المجموع وإذا ظهر الخلف في الصفة المشترطة وتعذر فسخ العقد بهلاك أو حدوث عيب فله أخذ الأرش على التفصيل المتقدم في خيار العيب ١٢/ ٣٦١

العقود التي يثبت فيها خيار فوات الوصف .

١١ - ذكر الفقهاء أن محل هذا الخيار هو محل خيار العيب ، وهي أن يكون العقد على ما يتعين ، فلا يثبت في المبيع غير المعين بالتعيين ، وهو المبيع الذي يثبت في الذمة لأنه إذا لم يظهر على طبق الوصف فهو غير المبيع .

وكذلك لا يثبت في المبيع الغائب ، لأن للمبيع الغائب خيارا خاصا به وهو خيار الرؤية .

توقيت خيار فوات الوصف :

١٢ - ذهب الحنفية والحنابلة إلى أنه يثبت على التراخي ولا يتوقت بزمن معين إلى أن يوجد ما يسقطه مما يدل على الرضا . ويرى المالكية توقيته بيوم أو يومين ، أما الشافعية فهو عندهم على الفور . وذلك كله منسجم مع اعتبار خيار فوات الوصف بخيار العيب واشتقاقه عليه .[1]

انتقاله بالموت :

١٣ - هذا الخيار يورث بموت مستحقه ، فينتقل إلى ورثته ، لأنه في ضمن ملك العين ، هكذا صرح الحنفية ، وأما غيرهم فالانتقال عندهم مقرر فيه وفي أمثاله من الخيارات المتصلة بالعين .[2]

سقوطه .

١٤ - يسقط بما يسقط به خيار العيب ، وتفصيله في (خيار العيب) .

خيار القبول

انظر : بيع

---

(١) [illegible] ، الحطاب ٤/ ٤٤٨ ، تكملة المجموع [illegible] ، كشاف القناع ٣/ ٣٩

(٢) البحر الرائق [illegible] ، وفتح القدير [illegible]

خيار كشف الحال

التعريف :

١ ـ الكشف في اللغة - هو الإظهار، ورفع شيء عما يواريه ويغطيه، يقال: كشفه فانكشف. والتكشف من تكشف أي ظهر، كانكشف. والحال معروف المعنى.(١)

والتعريف الاصطلاحي مستمد من هذا المعنى، فخيار الكشف هو: حق الفسخ لمن ظهر له مقدار المبيع على غير ما ظنه.(٢)

وسماه الحنفية بأسماء عديدة من نفس المادة اللغوية، فقد دعوه: كشف الحال، وانكشاف الحال، والتكشف.

والمراد من هذا الخيار يظهر من استعراض مجاله، فهو يجري في المقاييس الشخصية التي يلجأ إليها المتعاقدان أحيانا بدلا من المقاييس المتعارف عليها، سواء كان المقياس من وسائل الكيل أو الوزن.

ومثاله المتداول لدى الفقهاء: أن يبيع شخص شيئا مما يباع بالكيل أو الوزن فلا يستعمل لتقديره المكاييل أو الموازين المتعارف عليها، بل يبيعه بإناء بعينه لا يعرف مقداره، كصندوق أو كيس، أو بوزن حجر بعينه كذلك. فالبيع صحيح بشروط خاصة (سيأتي بيانها) ومستتبع حق الخيار للمشتري، أي أن البيع غير لازم.(١)

وفي صحته خلاف عنيت بذكره كتب الحنفية.

مشروعيته :

٢ ـ أخذ الحنفية بهذا الخيار في رواية وذكروه في عداد الخيارات المسماة عندهم. وأثبت هذا الخيار أيضا الشافعية، وإن أطلقوا عليه غير هذه التسمية، وأحيانا لم يسموه بل عبروا عنه.

فقد ذكر ابن حجر أنه لو قال: بعتك ملء هذا الكوز أو البيت من هذه الصبرة، أو زنة هذه الحصاة من هذا الذهب، هو صحيح. لإمكان الأخذ من المعين قبل تلفه. والعلم بالقدر المعين لا يشترط، بخلاف ما لو قال: في ذمتي صفتها كذا.(٢)

وقد منعه المالكية وعدوه من أنواع بيع الغرر المنهي عنها.(٣)

---

(١) المصباح المنير، والمغرب، والقاموس المحيط مادة: «كشف».

(٢) رد المحتار ٤/ ٣٧ و٤٥

(١) رد المحتار ٤/ ٣٧

(٢) الفتاوى الكبرى لابن حجر ٢/ ١٥٧

(٣) القوانين الفقهية ٢٤٨، المحلى ٨/ ٣٧٧ م ١٤٢٠.

والمنع رواية الحسن بن زياد عن أبي حنيفة.

ووجه القول بالجواز أن الجهالة الثابتة في هذا العقد لا تفضي إلى المنازعة، لأنه يتحصل تسليمه في المجلس (وهو أحد الشروط الخاصة) وإنما يمنع الصحة الجهالة المفضية للنزاع.

قال ابن الهمام: الوجه يقتضي أن يثبت الخيار إذا كان به أو وزن للمشتري، كما في الشراء بوزن هذا الحجر ذهبا، نص في جميع النوازل (أي كتب الفتاوى) على أن له الخيار إذا علم به، ومعلوم أن ذلك بالوزن. ثم لم يكتف ابن الهمام بما نقل، بل أتى بنظير لهذا الحكم فقال: وأقرب الأمور إلى ما نحن فيه قول أبي حنيفة فيما إذا باع صبرة كل قفيز بدرهم: أنه إذا كان في المجلس حتى عرف المقدار صح ويثبت الخيار للمشتري كما إذا رآه ولم يكن رآه وقت البيع، مع أن الفرض أنه رأى الصبرة قبل الكيل ووقعت الإشارة إليها.

أما القول بالمنع فوجهه أن البيع في المكيلات والموزونات، إما أن يكون مجازفة أو بذكر القدر. ففي المجازفة: المعقود عليه ما يشار إليه، وعند ذكر القدر: المعقود عليه ما سمي من القدر ولم يوجد شيء منهما، فإنه ليس بمجازفة، ولا مسمى قدر معين إذ لم يكن المكيال معلوما.[1]

(١) الكفاية شرح الهداية ٥/ ٤٧٦، وفتح القدير والعناية (أيضا)

شرائط صحة العقد مع خيار الكشف:

٣ ـ يشترط لصحة البيع المذكور المستلزم خيار كشف الحال:

١ ـ بقاء المكيال، أو الميزان، غير المعروف على حاله:

فلو تلفا قبل التسليم فسد البيع، لأنه لا يعلم مبلغ ما باعه إياه. وهذا الشرط ذكره في البحر نقلا عن السراج وأورده ابن عابدين مُقِرًّا له.[1]

٢ ـ تعجيل تسليم المبيع:

أي تسليمه في مجلس العقد قال ابن الهمام: «كل العبارات تفيد تقييد صحة البيع في ذلك بالتعجيل» ومن ذلك عبارة السرخسي:

لو اشترى بهذا الإناء يدا بيد فلا بأس به، ثم إن في المعين البيع مجازفة يجوز، فبمكيال غير معروف أولى.[2] وهذا لأن التسليم: عقيب البيع.[3]

٣ ـ يشترط (في الكيل خاصة) أن لا يحتمل المكيال الشخصي النقصان، بأن لا ينكبس ولا ينقبض، كأن يكون من خشب أو حديد. أما إذ كان كالزنبيل والجوالق فلا يجوز.

(١) رد المحتار ٤/ ٢٧

(٢) رد المحتار ٤/ ٢٧

(٣) فتح القدير ٥/ ٨٦، المبسوط ١٣/ ٢٥ ولعله الشريطة لا يصح فسلم بإناء غير معلوم، وبالتالي ليس هو محلا للخيار

ومن ذلك القبيل بيع ملء قربة معينها أو راويته، فعن أبي حنيفة أنه لا يجوز، لأن الماء ليس عنده ولا يعرف قدر القربة، لكن أُطلق في المجرد جوازه. ولا بد من اعتبار القرب المتعارفة في البلد مع غالب السقائين. وعن أبي يوسف: إذا ملأها ثم تراضيا جاز. قال ابن الهمام: ولا شك أن القياس ما روي عن أبي حنيفة، وأن الاستحسان الثابت بالتعامل فمقتضاه تجويزه بعد أن يسمي نوع القربة إذا لم تكن معينة. ثم بعد ذلك التفاوت يسير أهدر في الماء.

خيار الكمية

التعريف:

١ - (الكمية)، مصدر صناعي من (كم) وهي الأداة الموضوعة في اللغة للسؤال عن المقدار.[١]

وخيار الكمية في اصطلاح الفقهاء على ما عرفه صاحب الفتاوى السراجية: خيار البائع في الثمن.[٢] والمراد به (حق البائع في الفسخ لخفاء مقدار الثمن عند التعاقد).

ويسمى هذا الخيار خيار الكمية، لأنه بسبب جهل كمية الثمن، لعدم رؤيته رؤية مفيدة، بل يرى في وعاء بحيث لا يمكن معرفة مقداره.

وهذا الخيار شديد الشبه من حيث الغرض بخيار الرؤية، ولكنه لم يندرج فيه لما تقرر من أن خيار الرؤية لا يثبت في النقود.[٣]

ولهذا الخيار تطبيقاته - على قلتها - لكنه يقع

(١) القاموس المحيط مادة «كم»، مغني اللبيب ١/ ١٨٣، والمصباح المنير.

(٢) حاشية الحموي على الأشباه لابن نجيم ١/ ٣٤٧ ورسالة حدود الفقه لابن نجيم.

(٣) فتح القدير ٥/ ٩٨، رد المحتار ٤/ ٢٢، والفتاوى الهندية ٣/ ١٢٧ نقلاً عن قاضيخان.

في حال المساومات الودية، وفي المصالحة عن الحقوق، فيلجأ الباذل إلى تقديم صرة من المال أو ربطة من الأوراق النقدية. بل في المبايعات العادية أحيانا يشتري الشخص شيئا بما في جيبه أو حقيبته من النقود دون بيان المقدار، وإثبات هذا الخيار للبائع عند معرفة المقدار يحقق تمام التراضي.

مشروعيته :

٢ - ذهب الحنفية إلى إثبات هذا الخيار، وأدرجوه في عداد الخيارات التي أحصوها، ورأوا أنه مكمل لخيار الرؤية.[١]

واستدلوا لثبوته بالقياس على خيار العيب، فهو على هذا خيار نقيصة، وربما كان ثبوته علاجا للجهالة - وهي التي ثبت لأجلها خيار الرؤية - درءا للجهالة وتخفيفا للغرر. وصنيع الحنفية في المقارنة بينه وبين خيار الرؤية يدنوبه إلى خيار الرؤية، فكأنه هو، لولا تخصيص خيار الرؤية بالأعيان، وأما خيار الكمية فهو للنقود.[٢]

أحكام خيار الكمية :

٣ - من شروط صحة البيع معرفة مقدار الثمن ووصفه، وذلك إذا كان الثمن من الزمرة التي تدعى : الأثمان المطلقة، وهي التي تثبت مطلقة عن الإشارة إليها. ولذا اشترط معرفة المقدار والوصف لتنتفي الجهالة الفاحشة التي تمنع التسليم والتسلم. بخلاف المشار إليه. فالعلم بالمقدار: كأن يقول عشرة دراهم، والعلم بالصفة : أن يحدد الدراهم بأن ينسبها النسبة المميزة لها عن غيرها إذا كان ثمة دراهم مختلفة، فالمشتري يريد دفع الأدون، والبائع يطلب الأرفع، فلا يحصل مقصود شرعية العقد.

والعقد بثمن مجهول غير صحيح، وذلك كما لو باع شيئا بقيمته أو بما حل به، أو بما يريد المشتري، أو بما يحب، أو أن يجعل الثمن رأس المال أو ما اشتراه به أو بمثل ما اشترى فلان، ولم يعلم المشتري بقدر ذلك في مجلس العقد لم يجز. أما لو علم به فهو جائز.[١]

ومنه ما لو باعه بمثل ما يبيع الناس إلا أن يكون شيئا لا يتفاوت. ومنه أن يبيع على قدر ما باع به - وقد اختلف ما باع به - أو على ما يبيع به في المستقبل فهذا فاسد.[٢]

٤ - وإذا لم يكن الثمن مسمى بالعدد والنوع بل كان مشارا إليه، فإما أن تكون الإشارة إلى ذاته

(١) رد المحتار ٤/ ٤٦، والأشباه والنظائر لابن نجيم، والبحر الرائق له ٢/ ٢

(٢) البدائع ٥/ ٢٢٠

(١) البدائع ٥/ ٢٢٠، ويشكل هذا صورة رئيسة لخيار الكمية عالجا بوع الأمانة.

(٢) فتح القدير ٥/ ٨٣، رد المحتار ٤/ ٢١

أو إلى وعائه، ففي الإشارة المباشرة إليه كما لو كانت الدراهم في يده وهي مرئية له، فإنه بقبول العقد يصح ويلزم، فلا خيار له، والوجه في هذا أن الباقي هي جهالة الوصف (يعني القدر) وهي لا تضر، إذ لا تمنع من التسليم والتسلم، أما إذا كان مشارا إليه ولكنه في وعاء مانع من معرفة مقداره -ولو على سبيل التقريب- كما لو كان في صندوق أو خابية، ثم رأى الثمن بعدئذ باديا دون وعاء كان له الخيار، لأنه لم يعرف قبل مقداره من الخارج. كما لو كان في صرة. فمذهب الحنفية عدم التخيير لأنه عرف المقدار.

أما صاحب البدر من الحنفية فقد فصّل في العبرة على أساس معرفة ما فيها من خارج: فإن كانت تعرف فلا خيار، وإن كانت لا تعرف من الخارج فحينئذ تكون بمثابة الخابية. والضابط في هذا: وأن الوعاء المشتمل على الثمن إن كان يدل على ما فيه -(دلالة تقريبية) فلا يثبت معه خيار الكمية، وإلا ثبت الخيار.[1]

وقد تعرّض الشافعية لما إذا كان الثمن غير مسمى ولا عددا، بل كان صرة من الدراهم تمت المبادلة بها جزافا لا يعلم واحد من العاقدين قدرها، لكنها مشاهدة منهم، صح البيع بلا خلاف. لكن هل يكره البيع بصرة الدراهم جزافا؟ فيه لدى الشافعية قولان حكاهما الخراسانيون، أصحهما: يكره، وبه قطع الشيرازي وآخرون، لما فيه من الغرر. والثاني: لا يكره، لأنها مشاهدة.[1]

(١) ابن عابدين ٤/ ٢٢، والفتح ٥/ ٨١

(١) المجموع شرح المهذب ٩/ ٣٤٣

خيار المجلس

التعريف :

١ ـ سبق الكلام عن كلمة (خيار) في مصطلح خيار بوجه عام، وأما كلمة (المجلس) ـ بكسر اللام ـ فهي ترد في اللغة مصدرا ميميا، واسما للزمان، واسما للمكان، من مادة (الجلوس) واستعماله المناسب هنا هو اسم للمكان، أي موضع الجلوس. ومن الواضح أن كلمة (المجلس) تحمل معنى (مجلس العقد) فهي ليست لمطلق مجلس، بل لمجلس العقد خاصة، وهذا التقييد تشير إليه (أل) فهي للدلالة على المعهود في الذهن والمراد مكان التبايع أو التعاقد.[١] فما دام المكان الذي يضم كلا العاقدين واحدا، فلهما الخيار في إمضاء العقد أو فسخه، إلى أن يتفرقا ويكون لكل واحد منهما مجلسه المستقل.

ومجلس العقد: هو الوحدة الزمنية التي تبدأ من وقت صدور الإيجاب، وتستمر طوال المدة التي يظل فيها العاقدان منصرفين إلى التعاقد، دون ظهور إعراض من أحدهما عن التعاقد، وتنتهي بالتفرق، وهو مغادرة أحد العاقدين للمكان الذي حصل فيه العقد.

وفي حكم التفرق حصول التخاير. وهو أن يخير أحدهما الآخر في إمضاء العقد أو رده.

تكون خيار المجلس لا يبدأ من صدور الإيجاب بل من لحاق القبول به مطابقا له، أما قبل وقوع القبول فإن العاقدين يملكان خيارا في إجراء العقد أو عدمه، لكنه خيار يدعى خيار القبول، وهو يسبق تمام التعاقد.

هذا، وإن حقيقة الجلوس ليست مقصودة في هذا الخيار المسمى (بخيار المجلس)، لأن المعتبر هو الفترة الزمنية التي تعقب عملية التعاقد دون طروء التفرق من مكان التعاقد. فالجلوس ذاته ليس معتبرا في ثبوته، ولا تركه بتحصيل معتبر في انقضائه، بل العبرة للحال التي يتلبس بها العاقدان، وهي الانهماك في التعاقد.

فخيار المجلس هو: حق العاقد في إمضاء العقد أو رده، منذ التعاقد إلى التفرق أو التخاير.

ومعظم المؤلفين يدعون هذا الخيار (خيار المجلس) غير أن بعضهم دعاه (خيار المتبايعين)[٢] ولعل هذه التسمية مأخوذة من الحديث المثبت لهذا الخيار، وهو (البيعان بالخيار

---

(١) مطالب أولي النهى ٣/ ٨٣، ونهاية المحتاج ٣/ ٨٨

(٢) هو ابن قدامة في المغني ٣/ ١٨٤

ما لم يتفرقا). ففي بعض الألفاظ المروية: (المتبايعان بالخيار).[1] وبعض من لا يأخذون بخيار المجلس قد يستعملون هذه التسمية أيضا لكنهم لا يريدونه، بل يقصدون حالات تخيير أخرى ناشئة بأسباب شرعية، تتقيد مدتها بمجلس نشوء الخيار الذي ثبت لمدة لا تجاوز زمن المجلس، نحو تفويض الطلاق للزوجة، حيث ما أن تطلق في مجلس علمها: ما لم تقم فتبدل مجلسها، أو تعمل ما يقطع المجلس.[2]

مشروعية خيار المجلس:

٣ ـ اختلف الفقهاء في خيار المجلس، فذهب معظمهم إلى القول به، وذهب آخرون إلى إنكاره واعتبار العقد لازما من فور انعقاده بالإيجاب والقبول.

فجمهور الفقهاء من السلف والخلف، ومنهم الشافعية والحنابلة، ذهبوا إلى إثباته، فلا يلزم العقد عند هؤلاء إلا بالتفرق عن المجلس أو التخيير واختيار إمضاء العقد.[3]

وذهب الحنفية والمالكية وبعض فقهاء السلف إلى نفي خيار المجلس.[1] كما نفاه من الفقهاء الذين لم تدون مذاهبهم، الثوري والليث والعنبري.

واستدل القائلون بخيار المجلس من السنة القولية بما رواه ابن عمر أن رسول الله ﷺ قال: «المتبايعان كل واحد منهما بالخيار على صاحبه ما لم يتفرقا إلا بيع الخيار» وفي رواية «ما لم يتفرقا أو يكون البيع خيارا» وفي رواية أخرى «أو يخير أحدهما الآخر».[2] ووجه الاستدلال إثبات الخيار من الشرع للمتبايعين. وهما متبايعان بعد تمام البيع بالإيجاب والقبول. أما قبل ذلك فهما متساومان. والحديث وإن جاء بلفظ (المتبايعين) يشمل ما في معنى البيع من عقود المعاوضة.[3] وورد عن ابن عمر قوله: (كانت السنة أن المتبايعين بالخيار حتى يتفرقا).[4] ومن المقرر في أصول الحديث وأصول الفقه، أن قول الصحابي من السنة كذا، له حكم الحديث المرفوع.

---

(١) حديث: «البيعان بالخيار ما لم يتفرقا». أخرجه البخاري (الفتح ٤/ ٣٢٨ ـ ط السلفية) ومسلم (٣/ ١١٦٤ ـ ط الحلبي) من حديث حكيم بن حزام.
وأخرج الرواية الأخرى: «المتبايعان بالخيار» البخاري (٤/ ٣٢٨ ـ ط السلفية) ومسلم (٣/ ١١٦٤ ـ ط الحلبي) من حديث عبد الله بن عمر، والسياق للبخاري.

(٢) رد المحتار ٣/ ٣١٦

(٣) المجموع ٩/ ١٦٩، المغني ٣/ ٤٨٢، والمحلى ٨/ ٤٠٩، نيل الأوطار ٥/ ١٩٧

---

(١) فتح القدير ٥/ ٨١، البدائع ٥/ ٢٢٨، الحطاب ٤/ ٢٣٠، المحلى ٨/ ٤٠٩ م ١٤١٧، نيل الأوطار ٥/ ١٩٧

(٢) حديث: «المتبايعان بالخيار». أخرجه البخاري (الفتح ٤/ ٣٢٦، ٣٢٨، ٣٣٢ ط السلفية) من حديث عبد الله بن عمر برواياته.

(٣) المهذب ١/ ٢٥٧

(٤) نصب الراية ٤/ ٣، وسلم الأصول ٢/ ٩ ـ ١٠

واستدلوا من السنة الفعلية بأنه ﷺ خيّر أعرابيا بعد البيع، أي قال له: «اختر»، لكي يلزم العقد، وذلك مصرح به في الحديث برواية الأخرى، أنه عليه الصلاة والسلام بايع رجلا فلما بايعه قال له: «اختر»، ثم قال: «هكذا البيع».(1)

وهناك آثار للصحابة والتابعين يرجع إليها في مظانها.

واستدلوا له أيضا بالمعقول، كحاجة الناس الداعية إلى مشروعيته، لأن الإنسان بعد أن يبيع شيئا قد يبدو له فيندم، فالخيار الثابت له في المجلس يمكنه التدارك.(2)

واحتج النفاة بدلائل من الكتاب والسنة والقياس:

فمن الكتاب قوله تعالى: ﴿لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم﴾(3) فهذه الآية أباحت أكل المال بالتجارة عن تراض، مطلقا عن قيد التفرق عن مكان العقد. ويترتب عليه جواز الأكل في

(1) حديث: «خير أعرابيا بعد البيع» أخرجه الترمذي (٣/ ٥٥١ ط الحلبي) من حديث جابر بن عبد الله. والرواية الأخرى أخرجها البيهقي (٥/ ٢٧٠ - ط دائرة المعارف العثمانية) من حديث عبد الله بن عباس.

(2) قواعد الأحكام في مصالح الأنام ٢/ ١٦٦، والمجموع ٩/ ١٨٧

(3) سورة النساء/ ٢٩

المجلس قبل التفرق أو التخاير، وعند القائلين بخيار المجلس، إذا فسخ أحدهما العقد في المجلس لا يباح له الأكل، فكان ظاهر النص حجة عليهم.(1)

وقوله تعالى: ﴿أوفوا بالعقود﴾(2) فإذا لم يقع العقد لازما لم يتحقق وجوب الوفاء به، وهو ما تقتضي به الآية.(3)

واحتجوا من السنة بقوله ﷺ: «من ابتاع طعاما فلا يبعه حتى يستوفيه»(4) فدل على أنه لا تقييد بالتفرق، فلو كان فيما نذكره، كما ذكر قيد الاستيفاء في بيع الطعام.

كما أنهم تمسكوا بإحدى روايات حديث المتبايعين التي فيها: «فلا يحل له أن يفارق صاحبه خشية أن يستقيله»،(5) حيث تدل على أن صاحبه لا يملك الفسخ إلا من جهة الاستقالة.(6)

وحديث: «المسلمون على شروطهم» وفي

(1) البدائع ٥/ ٢٢٨، فتح القدير ٥/ ٨١، المجموع ٩/ ١٨٤

(2) سورة المائدة/ ١

(3) فتح القدير ٥/ ٨١، وبداية المجتهد ٢/ ١٤٠

(4) حديث: «من ابتاع طعاما فلا يبعه حتى يستوفيه» أخرجه البخاري (الفتح ٤/ ٣٤٩ - ط السلفية) ومسلم (٣/ ١١٦٠ - ط الحلبي) من حديث عبد الله بن عمر.

(5) أخرجه بهذه الرواية أبو داود (٣/ ٧٣٦ تحقيق عزت عبيد دعاس) من حديث عبد الله بن عمرو.

(6) المجموع ٩/ ١٨٤

رواية: «عند شروطهم»[1] والقول بالخيار بعد العقد يفسد الشرط، مع أن الحديث يعتبر الشروط.

وقاسوا البيع ونحوه من المعاملات المالية في هذا على النكاح، والخلع، والعتق على مال، والكتابة، وكل منها عقد معاوضة يتم بلا خيار المجلس، بمجرد اللفظ الدال على الرضا، فكذلك البيع.

كما قاسوا ما قبل التفرق على ما بعده. وهو قياس جلي.[2]

ومن طريق النظر قالوا: إن خيار المجلس خيار مجهول، فإن مدة المجلس مجهولة، فأشبه ما لو شرطنا خيارا مجهولا، وهذه جهالة فاحشة ممنوعة في الشرع.[3]

وكذلك قالوا: إن البيع صدر من العاقدين مطلقا عن شرط، والعقد المطلق يقتضي ثبوت الملك في العوضين في الحال. فالفسخ من أحد العاقدين يكون تصرفا في العقد الثابت بتراضيهما، أو تصرفا في حكمه بالرفع والإبطال من غير رضى الآخر وهذا لا يجوز، كما لم تجز الإقالة أو الفسخ من أحدهما بعد الافتراق.[1]

زمن ثبوت الخيار:

٣ - الزمن الذي يثبت فيه خيار المجلس، هو الفترة التي تلي لحظة انبرام العقد، أي بعد صدور القبول موافقا للإيجاب.

أمد الخيار:

٤ - أمد خيار المجلس لا يمكن تحديده، لأنه موكول لإرادة كل من المتعاقدين، فيطول برغبتهما في زيادة التروي، ويقصر بإرادة المستعجل منهما حين يخاير صاحبه أو يفارقه. فهو يخالف في هذا خيار الشرط القائم على تحديد الأمد بصورة محددة. فإنهاء الخيار على هذا غير منضبط لارتباطه بأحد أمرين: التفرق أو التخاير. وكلاهما غير معروف زمن حصوله.

ولكن هناك وجها في المذهب الشافعي، وصفه النووي بأنه ضعيف، مفاده: أن خيار المجلس أمده الأقصى هو ثلاثة أيام كيلا يزيد عن خيار الشرط.

وهناك وجه ثالث أن من مسقطاته شروع أحد المتعاقدين في أمر آخر، وإعراضه عما يتعلق

---

(1) حديث: «المسلمون على شروطهم» وفي رواية: «عند شروطهم». أخرجه أبو داود (4/ 20 - ط عزت عبيد دعاس) من حديث أبي هريرة، وإسناده حسن، والرواية الأخرى أخرجها الدارقطني (3/ 27 - ط دار المحاسن) من حديث عائشة، وضعف سنده ابن حجر في التلخيص (3/ 23 - ط شركة الطباعة الفنية).

(2) نيل الأوطار 5/ 210، فتح القدير 5/ 82.

(3) المجموع 9/ 184.

---

(1) البدائع 5/ 228، والعناية على الهداية 5/ 81، وتبيين الحقائق للزيلعي 4/ 3.

بالمعقد مع طول الفصل، فهذا المسقط يقصر من أجل الخيار أكثر من التفرق أو التخاير، لأنه يحصره في حالة التعاقد الجادة وهي برهة يسيرة. والراجح لدى الشافعية هو الوجه الأول القائل بأنه ثابت حتى التفرق أو التخاير.(١)

انتهاء الخيار:

٥ ـ أسباب انتهاء الخيار منحصرة في التفرق، والتخاير (اختيار إمضاء العقد). وهناك سبب ثالث ينتهي به الخيار تبعا لانتهاء العقد، أصلا، وهو فسخ العقد، ذلك أن الفسخ هو الذي شرع خيار المجلس لإتاحته، لكنه يأتي على العقد وما بني عليه. وكذلك يسقط الخيار بالتصرف في المبيع، وبالموت، على خلاف بين المذاهب القائلة بخيار المجلس.

أولا: التفرق:

٦ ـ ينتهي خيار المجلس بالتفرق، وهو سبب متفق عليه بين المثبتين له، ويراعى فيه عرف المتعاقدين.(٢)

ثانيا ـ التخاير:

اختيار لزوم العقد:

٧ ـ من أسباب انتهاء خيار المجلس اختيار لزوم العقد، على أن يحصل ذلك من العاقدين كليهما، فيسقط به الخيار، وسبيله أن يقولا: اخترنا لزوم العقد، أو أمضيناه، أو ألزمناه، أو أجزناه أو نحوه. واجتماعهما على اختيار اللزوم يسمى: التخاير،(١) وفيه نظير الأثر الذي يحدث بالتفرق.

الخلاف في التخاير:

٨ ـ اختلف المثبتون لخيار المجلس في انتهائه بالتخاير، فذهب الشافعية وأحمد في رواية وصفها ابن قدامة بأنها أصح إلى انتهاء خيار المجلس بالتخاير.

وذهب أحمد في رواية أخرى إلى عدم انتهاء خيار المجلس بالتخاير، وهو ظاهر كلام الخرقي في مختصره.(٢) مستند الرواية المقتصرة على التفرق أن أكثر الروايات عن النبي ﷺ: «البيعان بالخيار ما لم يتفرقا» من غير تقييد ولا تخصيص، وهي رواية حكيم بن حزام، وأبي برزة، وأكثر الروايات عن ابن عمر.

أما مستند الرواية المصححة التي تجعل المسقط أحد الأمرين: التفرق أو التخاير، فهو الروايات الأخرى المتضمنة لذينك الأمرين، كرواية ابن عمر المرفوعة: «وإن خيّر أحدهما

---

(١) المجموع ٩/ ١٨٠

(٢) المجموع ٩/ ١٨٠، والمغني ٣/ ٥٠٧، ونهاية المحتاج ٤/ ٨، ومغني المحتاج ٢/ ٤٥، والكافي ٢٢٢

(١) ومن صور اختيار اللزوم أن يقولا: تخايرنا العقد.

(٢) المجموع ٩/ ١٩٠، شرح المنهج ٣/ ١٠٦، المغني ٣/ ٤٨٤، ٢٧٥٧٠.

صاحبه فتبايعا على ذلك فقد وجب البيع، أي لزم، وفي رواية أخرى متفق عليها: «المتبايعان بالخيار ما لم يتفرقا إلا أن يكون البيع كان عن خيار فإن كان البيع عن خيار فقد وجب البيع». قال ابن قدامة: والأخذ بالزيادة أولى.[١]

أحكام التخاير:

٩ ـ التخاير إما أن يحصل صراحة بنحو عبارة: اخترنا إمضاء العقد، وإما أن يقع ضمنا، ومثاله: أن يتبايع العاقدان العوضين (اللذين جرى عليهما العقد الأول) بعد قبضهما في المجلس، فإن ذلك متضمن للرضا بلزوم العقد الأول. بل يكفي تصرف أحد العاقدين مع الآخر بالعوض الذي له، أي لا يشترط تبايع العوضين، بل هو مجرد تصوير، ويكفي بيع أحدهما لسقوط الخيار وإمضاء العقد.[٢]

وانتهاء خيار المجلس بالتخاير، إنما هو إذا وقع اختيار الفسخ أو الإمضاء من العاقدين، أو قال كل منهما للآخر: اختر، فيؤدي ذلك لسقوط الخيار. أما إذا قال أحدهما للآخر: اختر، فسكت ولم يجب بشيء، فما حكم خيار الساكت؟ وما حكم خيار القائل؟

(١) المغني ٤/ ١٨٦

(٢) تحفة المحتاج ٤/ ٨ بحاشية الشرواني، المجموع ٩/ ١٩١

خيار الساكت بعد التخيير:

ذهب الشافعية وهو الراجح عند الحنابلة إلى أن الساكت لا ينقطع خياره.[١]

والقول الثاني للحنابلة: سقوط خياره.

واستدل للاتجاه الأول بأنه لم يوجد منه ما يبطل خياره فلم يحصل الرضا، إنما سكت عن الفسخ أو الإمضاء. فإسقاط خياره يتنافى مع حقه في الخيار والاختيار لنفسه.[٢]

واستدل للاتجاه الثاني بقياس السقوط على الثبوت، فكما أن ثبوت خيار المجلس لا يتجزأ فلا يثبت لأحدهما دون الآخر، فكذلك سقوطه، ليتساويا في انتهاء العقد، كما تساويا في قيامه وثبوته.[٣]

خيار المنفرد بالتخيير:

أما خيار الذي بادر إلى تخيير صاحبه فلم يجبه هذا بشيء، ففيه عند الشافعية والحنابلة رأيان:

الأول: سقوط خياره ـ وهو الأصح ـ بدلالة تعليق الحديث مصير خيار العاقد على صدور

(١) المهذب والمجموع ٩/ ١٨٥ و٩/ ١٩١

(٢) المغني ٣/ ٤٨٩، منتهى الإرادات ١/ ٣٥٧، الفتح ٢/ ٣٤

(٣) للشافعية نحو هذا الخلاف فيما لو (اختار) أحدهما إمضاء العقد وسكت الآخر وهي المسألة غير المذكورة آنفا فلك فيما لو رعى صاحبه. (المجموع ٩/ ١٩١)

التخيير منه، ولأنه جعل لصاحبه ما ملكه من الخيار فسقط خياره.

الرأي الثاني: لا يسقط خياره، لأنه خير صاحبه فلم يختر، فلم يؤثر فيه، ولأن إقدامه على التخيير كان بقصد الاجتماع على رأي واحد فيها، فإذا لم يحصل بقي له خياره.[١]

اختيار فسخ العقد:

١٠ - سواء حصل الفسخ للعقد من العاقدين جميعا، أو من أحدهما، فإن العقد ينفسخ بصدوره من أحدهما، ولو تمسك الآخر بإجازة العقد، ذلك أن الفسخ مقدم على الإجازة حين اختلاف رغبة المتعاقدين، لأن إثبات الخيار إنما قصد به التمكن من الفسخ دون الإجازة لأصالتها. والفسخ - كما ذكر النووي - مقصود الخيار.[٢]

وبفسخ العقد يسقط الخيار تبعا، لأن سقوطه كان لسقوط العقد أصلا، فيسقط الخيار أيضا لانبنائه عليه، وحسب القاعدة الشرعية «إذا بطل الشيء بطل ما في ضمنه».[٣]

ولا فرق بين حصول الفسخ مباشرة، أو عقب تخيير أحدهما الآخر، فالأثر للفسخ، لأنه هو مقصود الخيار.[١]

ثالثا - التصرف:

١١ - يفترق الشافعية عن الحنابلة في هذا المسقط، ففي حين يأبى الأولون ويصرحون بأن التصرف في المبيع أو الثمن لا يسقط خيار المجلس في غير صورة البيع كما سبق، يذهب الحنابلة إلى التفصيل، ففي عدة صور يسقط بالتصرف من المشتري - أو البائع - خيارهما جميعا، أو خيار أحدهما.[٢]

وتجدر الإشارة إلى أن أكثر فقهاء الشافعية اكتفوا بالبيان دلالة دون التصريح بعدم الأثر للتصرف في إسقاط خيار المجلس، حيث نصوا في باب خيار الشرط على إسقاطه إياه، وسكتوا في خيار المجلس عن اعتباره مسقطا، لكن بعضهم عزز هذا البيان بالتصريح، ففي شرح القاضي زكريا لمختصره «المنهج» عندما اقتصر على المسقطين: التخاير والتفرق، أضاف محشيه سليمان الجمل قائلا من طريق الحاشية على نهاية المحتاج[٣] عن شرح العباب: يؤخذ منهم من حصره لقاطع الخيار فيهما، أن ركوب المشتري الدابة المبيعة لا يقطع، وهو أحد

---

(١) المجموع ٩/١٨٥، مغني المحتاج ٢/٤٥، نهاية المحتاج ٤/٨، المغني ٣/٤٨٦، الفروع ٤/٨٣

(٢) مغني المحتاج ٢/٤٤، المجموع ٩/١٩٦

(٣) من القواعد الكلية التي صدرت بها المجلة المادة/ ٥٢

---

(١) المجموع ٩/١٩٦

(٢) مغني المحتاج ٢/٤٨، المغني ٣/٤٩١

(٣) نهاية المحتاج بحاشية الشبراملسي ٤/٨

وجهين لاحتمال أن يكون لاختيارهما، والثاني يقطع، لتصرفه، والذي يتجه ترجيحه الأول، ولا نسلم أن مثل هذا التصرف يقطعه، ويقاس بالمذكور ما في معناه، ثم أكد هذا بأنه من الفروق بين خيار المجلس وخيار الشرط.[1]

أما الحنابلة، فلديهم صور يسقط بها خيار المتعاقدين أهمها: تصرف المشتري بإذن البائع له في ذلك التصرف، فإنه مسقط لخيارهما، والتصرف صحيح، وذلك لدلالته على تراضيهما بإمضائه، فليس أقل أثرا من التخاير. أما تصرف البائع بإذن المشتري، فالراجح أنه مماثل في الحكم لتصرف المشتري، وقد ذكر في المغني أن فيه احتمالين، وأن الوجه في احتمال عدم إسقاطه للخيار، أنه لما كان لا يحتاج إلى الإذن، فتصرفه كما لو كان بغير إذن.[2]

أما تصرف أحدهما بتصرف ناقل، كالبيع، أو الهبة، أو الوقف، أو بتصرف شاغل كالإجارة، أو الرهن... فلا يسقط الخيار، لأن البائع تصرف في غير ملكه - بناء على أن الملك في مدة الخيار للمشتري عندهم - وأما المشتري فإنه يسقط حق البائع من الخيار، واسترجاع المبيع، وقد تعلق حق البائع به تعلقا يمنع جواز التصرف فمنع صحته أيضا.[1]

رابعا: إسقاط الخيار ابتداء:

١٢ - المراد هنا بإسقاط الخيار: التنازل عنه قبل استعماله، وذلك قبل التعاقد، أو في بداية العقد قبل إبرامه، وتسمى هذه المسألة: التبايع بشرط نفي الخيار. وعلى هذا الاصطلاح لا يعتبر منه التخلي عن الخيار بعد التعاقد، أثر استحقاق العاقدين له وسريان المجلس، فالتخلي عنه حينئذ بالتخاير يستحق اسم (الانتهاء) للخيار، لا الإسقاط له.

أما حكم هذا الإسقاط فقد اختلف فيه القائلون بخيار المجلس، فكان لهم فيه الآراء التالية:

الأول: صحة الإسقاط، وهو مذهب الحنابلة، ووجه ليس بالصحيح عند الشافعية.

الثاني: امتناع الإسقاط وبطلان البيع أيضا، وهو الأصح عند الشافعية، وهو المنصوص في البويطي، وكتب المذهب القديم.

الثالث: امتناع الإسقاط وصحة البيع، وهو وجه عند الشافعية غير مصحح.[2]

(1) شرح المنهج بحاشية الجمل ٣/ ١٠٦، وقد اعترضه بعده قيدا على الإطلاق في إسقاط التصرف خيار الشرط ٣/ ١١٩

(2) المغني ٣/ ٤٩١ م ٢٧٩٦، وكشاف القناع ٣/ ٢٠٩ وقد سوى بين صورتي البائع والمشتري في الإذن.

(1) المغني ٣/ ٤٩٠ م ٢٧٩٣، وكشاف القناع ٣/ ٢٠٨ - ٢٠٩

(2) المغني ٣/ ٤٨٦ م ٢٧٨٧، كشاف القناع ٣/ ٢٠٠.

وسواء في إسقاط الخيار في ابتداء العقد أن يسقطاه كلاهما، أو ينفرد أحدهما بإسقاط خياره، أو يشترطا سقوط خيار أحدهما بمفرده. ففي إسقاط خياريهما يلزم العقد، وفي إسقاط خيار أحدهما يبقى خيار الآخر.[1]

وقد احتج من صحح إسقاط الخيار قبل العقد بحديث الخيار نفسه، حيث جاء في إحدى رواياته: «فإن خير أحدهما الآخر فتبايعا على ذلك فقد وجب البيع» وفي رواية: «إلا أن يكون البيع كان عن خيار، فإن كان البيع عن خيار فقد وجب البيع».[2] وهذه الروايات، وإن كان المراد بها التخاير في المجلس، فهي عامة تشمله وتشمل التخاير في ابتداء العقد، فهما في الحكم شيء واحد. ولأن ما أثر في الخيار في المجلس، أثر فيه مقارنا للعقد، فكما يكون للعاقد التنازل عن الخيار بعد استحقاقه له فذلك قبل التعاقد، وتشبيهه بخيار الشرط في جواز إخلاء العقد عنه، فكذلك خيار المجلس.

ومما استدل به بعض أصحاب الشافعي الذين نحوا في هذه المسألة منحى الحنابلة، أن الخيار جعل رفقا بالمتعاقدين، فجاز لهما تركه. ولأن الخيار غرر فجاز إسقاطه.

أما دليل المنع - وهو الأصح في مذهب الشافعي - فهو أنه إسقاط للحق قبل ثبوت سببه، إذ هو خيار يثبت بعد تمام البيع فلم يجز إسقاطه قبل تمامه، وله نظير هو (خيار الشفعة) فإن حق الشفيع في ذلك لا يمكن إسقاطه قبل ثبوته.

واحتج بعضهم بأن إسقاط خيار المجلس ينافي مقتضى البيع لثبوته شرعا مصحوبا بالخيار، فأشبه ما لو شرط أن لا يسلم المبيع.

أما دليل جواز إسقاط الشرط فقط وصحة البيع، فهو ما في الشرط من مخالفة مقتضى العقد، لكنه لما كان لا يؤدي إلى جهالة في أحد العوضين، يبطل وحده ولا يبطل العقد.[1]

أسباب انتقال الخيار:

أولا: الموت:

١٣ - اختلفت الآراء في أثر الموت على خيار المجلس على الصورة التالية:

---

(١) الشرح الكبير على المقنع ٤/ ٦٤، المهذب، والمجموع ٩/ ١٨٤ و ١٩٠، مغني المحتاج ٢/ ٤٤، ونهاية المحتاج ٤/ ٨

(٢) كشاف القناع ٣/ ٢٠٠

(٣) حديث: «فإن خير أحدهما الآخر» أخرجه مسلم (٣/ ١١٦٣ - ط الحلبي) من حديث عبد الله بن عمر. والرواية الثانية أخرجها النسائي (٧/ ٢٤٨ - ط المكتبة التجارية)

(١) المغني ٣/ ٤٨٤ - ٤٨٦، ٤٧٥ - ٤٧٦، والمجموع شرح المهذب ٩/ ١٨٥، مغني المحتاج ٢/ ٤٤، الشرح الكبير على المقنع ٤/ ٦٤ - ٦٥، كشاف القناع ٣/ ٤٤٠

الأول: انتقال الخيار بالموت إلى الوارث، وهو الأصح من مذهب الشافعية.

الثاني: سقوط الخيار بالموت، وهو مذهب الحنابلة.

الثالث: التفصيل بين وقوع المطالبة من الميت به في وصيته، وعدم تلك المطالبة، وهو قول للحنابلة.[١]

استدل القائلون بانتقال الخيار - بالموت - إلى الورثة بظاهر القرآن، والأحاديث، في انتقال ما تركه الميت من حق إلى الورثة، ومن ذلك حديث: «من ترك مالا فلورثته».[٢] وخيار المجلس خيار ثابت لفسخ البيع فلم يبطل بالموت كخيار الشرط.

كما استدلوا بقياس خيار المجلس على خيار العيب، فكلاهما حق لازم ثابت في البيع بحكم الشرع، ولا خلاف في انتقال خيار العيب بالموت، فكذلك خيار المجلس. ويقاس أيضا على خيار الشرط، وهم يقولون بأنه مما يورث.

واستدل القائلون بإبطال الخيار بموت صاحبه، بأنه إرادة ومشيئة، تتصل بشخص العاقد، وانتقال ذلك إلى الوارث لا يتصور.[١]

ثانيا: الجنون ونحوه:

١٤ - إذا أصيب أحد العاقدين في مجلس العقد بالجنون، أو أغمي عليه، انتقل الخيار - في الأصح - إلى الولي، من حاكم أو غيره؛ كالموكل عند موت الوكيل، وقد ارتأى بعض الفقهاء أن ذلك حيث يئس من إفاقته أو طالت مدته، لكن الراجح عدم الانتظار مطلقا.[٢]

وكذلك إن خرس أحدهما، ولم تفهم إشارته، ولا كتابة له، نصب الحاكم نائبا عنه، وإن أمكنت الإجازة منه بالتفرق، وليس هو محجورا عليه وإنما الحاكم ناب عنه فيما تعذر منه بالقول، أما إذا فهمت إشارته، أو كان له كتابة فهو على خياره.

وهناك قول آخر بسقوط الخيار في الجنون والإغماء، لأن مفارقة العقل ليست أولى من مفارقة المكان.[٣]

وذهب الحنابلة إلى أن الجنون لا يبطله، فهو

---

(١) مغني المحتاج ٢/ ٤٥، المجموع ٩/ ٢٠٦، الفروع ٤/ ٩١، المغني ٣/ ٤٨٦

(٢) أخرجه البخاري (الفتح ١٢/ ٩، ط السلفية)، ومسلم (٣/ ١٢٣٧ - الحلبي) من حديث أبي هريرة

(١) نهاية المحتاج ٤/ ٨، ومغني المحتاج ٦/ ٤٤، والمجموع ٩/ ٢٢٣، المغني ٣/ ٤٨٦، الفروع ٤/ ٩١ وفيه «وقيل كخيار الشرط، أي لا يورث إلا بمطالبة الميت به في وصيته».

(٢) حاشية الجمل على شرح المنهج ٣/ ١٠٨

(٣) مغني المحتاج ٢/ ٤٦

على خياره إذا أفاق ، أما في مطبق الجنون والإغماء ، فيقوم أبوه أو وصيه أو الحاكم مقامه ، بخلاف الموت لأنه أعظم الفرقتين .[1]

آثار خيار المجلس :

١٥ ـ لخيار المجلس آثار مختلفة في العقد ، لكن أحدها يعتبر الأثر الأصلي للخيار ، في حين تكون الأخرى آثاراً فرعية . هذا الأثر الأصلي هو المقصود من الخيار ومن كل الخيارات . ولهذا يمكن أن يسمى (الأثر العام) ، وهو منع لزوم العقد ، ويترتب على امتناع لزوم العقد آثار متفرعة عنه تتصل بانتقال الملك وغيره .

أولاً : الأثر الأصلي :

منع لزوم العقد :

١٦ ـ مفاد ذلك اعتبار العقد غير لازم إلى أن يحصل التفرق عن مجلس العقد ، أو اختيار إمضاء العقد . فيكون لكل من العاقدين فسخه قبل ذلك .

وهذا الأثر متفق عليه عند القائلين بخيار المجلس ، ذلك أن مقصود الخيار الفسخ ،[2]

ولا يتحقق هذا المقصود إلا بتقاصر العقد عن مرتبة القوة ، والاستعصاء عن الفسخ . وهذا التقاصر سبيله أن يظل العقد غير لازم إلى أن ينتهي الخيار .

ثانياً : الآثار الفرعية :

انتقال الملك

١٧ ـ هذا الأثر مختلف فيه بين الفقهاء القائلين بخيار المجلس على رأيين :

الرأي الأول : فقدان الأثر :

وهذا ما ذهب إليه الحنابلة ـ في ظاهر المذهب ـ (وهو نص الشافعي في زكاة الفطر) .[1] وعلى هذا ينتقل الملك إلى المشتري مع وجود خيار المجلس . ولا أثر له على نفاذ العقد ، بمعنى أنه لا يتوقف ، كما لا أثر له على صحة العقد ، فهو ينتج أحكامه كلها ـ مع بقائه قابلاً للفسخ ـ خلال المجلس إلى حصول ما ينهي الخيار من تفرق أو تخاير .

الرأي الثاني : تقييد النفاذ :

وهو مذهب الشافعية ـ في الأظهر عندهم من ثلاثة أقوال ـ أن للخيار أثراً في نفاذ أحكام العقد ، فهو يعتبر موقوفاً مراعى من حيث انتقال

---

(١) الإقناع ٢/ ٨٤ ، مطالب أولي النهى ٣/ ٨٦ ، منتهى الإرادات ١/ ٣٥٧ ، منار السبيل ١/ ٣١٦ ، المغني ٣/ ٤٨٦ ، القواعد والفوائد الأصولية لابن اللحام الحنبلي ص ٣٦

(٢) المجموع ٩/ ١٩١

(١) المغني ٣/ ٥٨٨ م ٣٦٦٩ ، الفروع ٤/ ٨٦ ، كشاف القناع ٣/ ٢٠٥ ، المجموع ٩/ ٢١٣ ، مغني المحتاج ٢/ ٤٤

الملك، فلا يحكم بأنه مملوك للمشتري ولا للبائع، بل ينتظر، فإن تم العقد، حكم بأنه كان ملكا للمشتري بنفس العقد، وإلا فقد بان أنه ملك البائع لم يزل عن ملكه. وهكذا يكون الثمن موقوفا.(1)

واستدل أصحاب الرأي الأول (القائل بانتقال الملك) بأدلة كثيرة، أهمها الاستدلال بالسنة، وهي قوله عليه الصلاة والسلام: «من باع عبدا وله مال، فماله للبائع، إلا أن يشترطه المبتاع»(2) وحديث: «من باع نخلا بعد أن تؤبر، فثمرتها للبائع إلا أن يشترط المبتاع»(3) وجه الدلالة فيهما: أنه جعل المال المصاحب للعبد، والثمرة للمبتاع بمجرد اشتراطه، واستدلوا من وجوه المعقول، بأن البيع مع وجود خيار المجلس بيع صحيح، فينتقل الملك في أثره، ولأن البيع تمليك، فيثبت به الملك، وثبوت الخيار فيه لا ينافيه.(4)

أما أصحاب الرأي الثاني (القائل بأن الملك موقوف مراعى إلى أن ينتهي الخيار، فيعرف كيف كان عند العقد) وهو ظاهر مذهب الشافعية بأن الخيار (كخيار الشرط مثلا) إذا ثبت للبائع وحده لم ينتقل الملك في العوضين، وإذا ثبت للمشتري وحده انتقل الملك فيهما، فإذا ثبت الخيار للعاقدين (وذلك ما يحصل في خيار المجلس، بحكم الشرع) فإن مقتضى ثبوته للبائع عدم انتقال الملك، ومقتضى ثبوته للمشتري انتقاله، فلابد من التوقف والمراعاة (الترقب) إلى أن ينتهي الخيار بالتفرق، أو التخاير، أو غيرهما.(1)

أثر خيار المجلس على العقد بخيار شرط:

١٨ - لا أثر لخيار المجلس على خيار الشرط، فإن مدة خيار الشرط تحسب من حين العقد الواقع فيه الشرط. هذا إذا كان خيار الشرط قد اشترط في العقد، أما إن اشترط في المجلس فإن المدة تحسب من حين الشرط.(2)

---

(1) المجموع ٩/ ٢٣٠، نهاية المحتاج ٤/ ٢٠

(2) حديث: «من باع عبدا وله مال، فماله للبائع، إلا أن يشترطه المبتاع». أخرجه أبو داود (٣/ ٧١٦ - تحقيق عزت عبيد دعاس) من حديث جابر بن عبدالله، وقال المنذري: «في إسناده مجهول»، كذا في مختصر السنن (٥/ ٨٠ - نشر دار المعرفة).

(3) حديث: «من باع نخلا بعد أن تؤبر فثمرتها للبائع إلا أن يشترط المبتاع». أخرجه البخاري (الفتح ٥/ ٢١٣ - ط السلفية)، ومسلم (٣/ ١١٧٢ - ط الحلبي) من حديث عبدالله بن عمر، واللفظ للبخاري.

(4) المغني ٣/ ٤٨٨، وكشاف القناع ٦/ ٥٦

---

(1) نهاية المحتاج بحاشية الشبراملسي ٤/ ٢٠، ومغني المحتاج ٢/ ٤٤، والمجموع ٩/ ٢٦٨

(2) نهاية المحتاج ٤/ ١٦

خيار المرابحة

انظر: بيع الأمانة

خيار المسترسل

انظر: بيع الأمانة

خيار المواضعة

انظر: بيع الأمانة

خيار النجش

انظر: بيع منهي عنه

خيار النقد

التعريف.

١ ـ سبق تعريف الخيار. أما النقد فمن معانيه لغة: الإعطاء والقبض، يقال نقدت الرجل الدراهم، فانتقدها بمعنى أعطيته إياها فقبضها.

وخيار النقد اصطلاحا هو: (حق يشترطه العاقد للتمكن من الفسخ لعدم النقد).[1]

وله صورتان:

١ ـ التعاقد واشتراط أن المشتري إذا لم ينقد الثمن إلى مدة معلومة فلا عقد بينهما. ومستعمل الخيار في هذه الصورة هو المشتري، وإن كانت فائدته الكبرى للبائع. وقد وصفوا هذه الصورة أنها بمنزلة اشتراط (خيار الشرط) للمشتري.

٢ ـ التعاقد ثم قيام المشتري بالنقد مع الاتفاق على أن البائع إذا رد العوض في مدة معلومة فلا عقد بينهما. ومستعمل الخيار هنا هو البائع، وهو

(١) المصباح مادة: «نقد»، رد المحتار ٤/٧٥، البدائع ٥/١٧٥

وحده المتمتع بالخيار. وهذه الحالة الثانية ذات شبه تام ببيع الوفاء مما جعل بعضهم يدخل بيع الوفاء في خيار النقد، وهو قول البائع للمشتري: بعتك هذه الدار بكذا بشرط أني متى رددت إليك الثمن في موعد كذا ترد إلي المبيع. وهذه الصورة بمنزلة اشتراط (خيار الشرط) للبائع.[1]

مشروعيته:

٢ - أثبت هذا الخيار المالكية والحنابلة والحنفية، إلا زفر بن الهذيل. وقال به الثوري وإسحاق وأبو ثور، وحكي عن عمر وابن عمر، وقال به من الشافعية أبو إسحاق الشيرازي محتجا بأثر عمر فيه.

وخالف في هذا الخيار الشافعية في الصحيح، وزفر.[2]

واستدل مثبتو هذا الخيار بالقياس وآثار الصحابة ووجوه من المعقول.

أما القياس فهو مقيس على خيار الشرط لاتحاد العلة بينهما، وهي التروي. فهاهنا

(١) رد المحتار ٤/ ٤٩، الفتاوى الخيرية نقلا عن الظهيرية ٣/ ٣٩، المعاملات الشرعية ص١٢٥

(٢) البدائع ٥/ ١٧٥، فتح القدير ٥/ ٥٠٩، الفتاوى الهندية ٣/ ٣٩، البحر الرائق ٦/ ٦، المجموع ٩/ ١٩٣، المغني ٥/ ٥٠١، الاختيارات ص٧٣

يتروى البائع أيحصل له الثمن أم لا. وكذلك يتروى المشتري أيناسبه البيع أم لا، فيسترد ما نقد (باشتراط ذلك مع البائع).[1]

وأما آثار الصحابة في ذلك، فقد روي الأخذ به عن عمر وغيره، وذكر عبدالرزاق في المصنف أن عمرو بن دينار أثبته، وقضى به شريح في واقعة، وأن المشتري جاء بالثمن من الغد فاختصما إلى شريح فقال: أنت أخلفته.[2]

واحتجوا له من وجوه المعقول بداعي الحاجة إليه، كالحاجة إلى خيار الشرط، للتروي من المشتري في معرفة قدرته على النقد، ومن البائع ليتأمل هل يصل إليه الثمن في المدة تحرزا عن المماطلة من العاقد الآخر.[3]

واستدل من لم يثبت هذا الخيار بأنه ليس بشرط خيار، بل هو شرط فاسد مفسد للعقد، لأنه شرط في العقد شرطا مطلقا وعلق فسخه على غرر، فأشبه ما لو عقد بيعا مثلا بشرط أنه إن قدم زيد اليوم فلا بيع بيننا. واحتج زفر لنفيه بقياس آخر هو أنه بيع شرطت فيه إقالة فاسدة لتعلقها بالشرط، واشتراط الإقالة الصحيحة في البيع مفسد للعقد فكيف باشتراط الفاسدة؟[4]

(١) فتح القدير ٥/ ٥٠٢ ط٢، البدائع ٥/ ١٧٥، المغني ٣/ ٥٣٩

(٢) المغني ٣/ ٥٣١ - ٥٣٢، المصنف ٨/ ٥٨

(٣) فتح القدير ٥/ ٥٠٢

(٤) المغني ٥/ ٥٠١ ط٥، المجموع ٩/ ١٩٣، فتح القدير ٥/ ٥٠٢

وما ذكره زفر هو القياس، وقد ذكر الكاساني أن ثبوت خيار النقد على خلاف القياس، فهو جائز بالاستحسان، ووجه الاستحسان أن البيع الذي فيه خيار النقد هو في معنى البيع الذي فيه خيار الشرط بجامع التعليق في كليهما، كما في الأمر اختلاف المعلق عليه بين كونه مرور المدة دون فسخ أو مرورها دون نقد. ولا يمنع ثبوته بالقياس (أو بالدلالة التي هي أقوى منه) أنه ثبت استحسانا على خلاف القياس، فالمراد قياسه على خيار الشرط وكلاهما ثبتا على خلاف القياس، أي مخالفين للأصول العامة القاضية بلزوم العقد كأصل ثابت.

صاحب الخيار:

٣ ـ يمكن أن يكون صاحب الخيار المشتري أو البائع بحسب الصورة التي اشترط فيها، فإذا ظهر بعبارة (على أن المشتري إذا نقد في المدة، وإلا فلا بيع) فصاحبه هو المشتري، لأنه هو المتمكن من الفسخ بعدم النقد. وأما إن ظهر بعبارة (إن رد البائع الثمن خلال المدة المعينة فالبيع مفسوخ) فصاحب الخيار هو البائع، ورده الثمن تصرف منه بالفسخ.

وفائدة البائع من هذا الخيار أكثر من المشتري لأنه يستفيد منه، سواء أكان الخيار للمشتري، أم كان البائع صاحب الخيار، لانتفاعه بحصول الفسخ إذا مطل المشتري.(١)

مدة خيار النقد:

٤ ـ لم تتفق الآراء الفقهية في مدته، بل اختلفت، أسوة بالخلاف الواقع في خيار الشرط، لأنه في معناه، مع بعض المغايرة نظرا لثبوت خيار الشرط بالنص وثبوت هذا الخيار بالاجتهاد، والآراء في مدته هي:

١ ـ التفويض للمتعاقدين: فلهما أن يحددا الأمد الذي يريان فيه مصلحتهما، ولو زاد عن ثلاثة أيام. وهذا مذهب الحنابلة ومحمد بن الحسن وحده من الحنفية، وقد جرى على موجب قوله في خيار الشرط، وعليه الثوري وإسحاق.

٢ ـ التحديد بثلاثة أيام، أو ما يقاربها: وليس للمتعاقدين أن يشترطا مدة زائدة. والتحديد بالثلاث قول أبي حنيفة وصاحبه أبي يوسف (وقد خالف مذهبه في خيار الشرط لتفريقه بينهما، لورود الآثار فيه بما فوق الثلاث، وبقي خيار النقد على أصل المنع) وهو أيضا مذهب أبي ثور وحكي عن ابن عمر. وأما التحديد بما يقارب الثلاث على أن لا يجاوز العشرين يوما فهو قول مالك.

هذا، وإن اشترط ما يزيد عن الثلاث،

---

(١) البحر الرائق ٦/٧، فتح القدير ٥/١٠٦، ورد المحتار ٤/٤٩

على قول أبي حنيفة وأبي يوسف ، بخلاف ما إذا نقد في الثلاث جاز ، وإلا فسد البيع ولم ينفسخ ، كما حققه ظهير الدين ، وأقر ذلك ابن الهمام وابن عابدين . وقد جعلوا ذلك قيداً موضحاً للمراد من عبارة (فلا بيع بيننا) في صورتي خيار النقد ، فإنها بظاهرها تقتضي الانفساخ بعدم النقد أو بالرد بعد النقد ، لكنهم حملوا المراد على أنه للفساد ، أي يستحق الفسخ ويمكن انقلابه صحيحاً إذا لم يتمكن فساده ، كما في النقد قبل انقضاء الأيام الثلاثة .[1]

سقوطه وانتقاله :

٥ ـ خيار النقد يماثل خيار الشرط في أسباب السقوط وأحكامه ، وكذلك انتقاله ، فهو لا يورث عند الحنفية أسوة بخيار الشرط (أصله) ،[2] وتفصيل ذلك في مصطلح : (خيار الشرط) .

صورة مشهورة من خيار النقد (بيع الوفاء)

٦ ـ جعل ابن نجيم من الحنفية مكان الأنسب لبحث بيع الوفاء هو خيار النقد ، وعلل ذلك بأن بيع الوفاء من أفراد مسألة خيار النقد . لكن صاحب الحاشية على كتابه ابن عابدين لم يرتض ذلك التعليل حيث نقل عن والده أنه إنما يكون من أفراده بناء على القول بفساد بيع الوفاء إن زاد على الثلاث ، لا على القول بصحته ، إذ خيار النقد مقيد بثلاثة أيام ، وبيع الوفاء غير مقيد بها ، فأنى يكون من أفراده ؟ ![1]

وتفصيل ذلك في مصطلح : (بيع الوفاء) .

خيار الهلاك

انظر : بيع

خياطة

انظر : ألبسة

خيط

انظر : ألبسة

---

(١) رد المحتار ٤/ ٤٩ ، فتح القدير ٥/ ٣٠٥ ، الفتاوى الهندية نقلا عن الخانية ٣/ ٤٩ ، [illegible] ٥/ ١٧٥ ، المغني ٣/ ٥٣٤

(٢) رد المحتار ٤/ ٧٥

(١) البحر الرائق وحاشيته لابن عابدين (منحة الخالق) ٦/ ٨

خيانة

التعريف :

١ - الخيانة والخون لغة : أن يؤتمن الإنسان فلا ينصح . قال الله تعالى : ﴿وإما تخافن من قوم خيانة فانبذ إليهم على سواء﴾[1] ونقيض الخيانة الأمانة .[2]

ولا يخرج استعمال الفقهاء لهذا اللفظ عن المعنى اللغوي .[3]

الألفاظ ذات الصلة :

أ - الغش :

٢ - الغش لغة : نقيض النصح ، وقد غشه يغشه غشا ، ترك نصحه وزين له غير المصلحة . واصطلاحا : هو تدليس يرجع لذات المبيع ، كتجعيد الشعر ، ودق الثوب ، والخيانة أعم منه ، إذ هي تدليس يرجع إلى ذات المبيع ، أو إلى صفته ، كأن يصفه بصفات كاذبة ، أو إلى أمر خارج ، كأن يذكر ثمنا على وجه الكذب .[1]

ب - النفاق :

٣ - النفاق : الدخول في الإسلام من وجه والخروج عنه من وجه آخر . والخيانة تقال في شأن العهد والأمانة ، والنفاق يقال في شأن الدين .[2]

ج - الغصب والسرقة :

٤ - فرق العلماء بين الخائن والسارق والغاصب ، بأن الخائن هو الذي خان ما جعل عليه أمينا ، والسارق من أخذ خفية من موضع كان ممنوعا من الوصول إليه ، وربما قيل كل سارق خائن دون عكس ، والغاصب من أخذ جهارا معتمدا على قوته .[3]

الأحكام المتعلقة بالخيانة :

٥ - خيانة الأمانة حرام لقوله تعالى : ﴿يا أيها الذين آمنوا لا تخونوا الله والرسول وتخونوا

---

(١) سورة الأنفال / ٥٨

(٢) القرطبي ٧/ ٣٩٤ ، والمفردات للراغب الأصفهاني والصحاح والمصباح مادة « خون » .

(٣) الزرقاني ٨/ ٩٢ ، وروضة الطالبين ١٠/ ٢٤٠ ، والعناية على الهداية ٤/ ٢٣٣ ط الأميرية ، ونهاية ٥/ ٤٥٦

---

(١) الشرقاوي على التحرير ٢/ ٣٢ ط الحلبي

(٢) الكليات لأبي البقاء الكفوي ٢/ ٣١١ ، والمفردات للراغب الأصفهاني

(٣) المصباح المنير مادة « خون »

أماناتكم وأنتم تعلمون﴾[1] ولقوله ﷺ : «آية المنافق ثلاث : إذا حدث كذب، وإذا وعد أخلف ، وإذا أؤتمن خان» .[2]

وقد عد الذهبي وابن حجر الهيتمي ، الخيانة من الكبائر، ثم قال : الخيانة قبيحة في كل شيء، لكن بعضها أشد وأقبح من بعض ، إذ من خانك في فلس ليس كمن خانك في أهلك .[3]

الخيانة في بيوع الأمانة :

٦ ـ الأصل في بيوع الأمانة أنها مبنية على الثقة والاطمئنان في التعامل بين الطرفين: البائع والمشتري،[4] فعلى البائع الصدق في الإخبار عما اشترى به وعما قام به عليه إن باع بلفظ القيام ،[5] لأن المشتري ائتمن البائع في إخباره عن الثمن الأول من غير بينة ولا استحلاف ، فتجب صيانة بيوع الأمانة عن الخيانة وعن سبب الخيانة والتهمة ، لأن التحرز عن ذلك كله واجب ما أمكن ، قال الله تعالى : ﴿يا أيها الذين

(١) سورة الأنفال / ٢٧

(٢) حديث : «آية المنافق ثلاث». أخرجه البخاري (الفتح ١/ ٨٩ ـ ط السلفية) ومسلم (١/ ٧٨ ـ ط الحلبي) من حديث أبي هريرة.

(٣) الزواجر ١/ ٢٤٨ ـ ٢٤٩ تفسير القرطبي ٧/ ٣٩٥، الكبائر للذهبي ١٠٨

(٤) بدائع الصنائع ٥/ ٢٢٢ ، وروضة الطالبين ٣/ ٥٢٩، والموسوعة الفقهية ٩/ ٥٠

(٥) روضة الطالبين ٣/ ٥٢٩

آمنوا لا تخونوا الله والرسول وتخونوا أماناتكم وأنتم تعلمون﴾[1] وقال عليه الصلاة والسلام : «من غشنا فليس منا» .[2]

والاحتراز عن الخيانة وعن شبهتها إنما يحصل ببيان ما يجب بيانه .[3]

أما حكم الخيانة إذا ظهرت في بيوع الأمانة فللفقهاء فيه خلاف، وتفصيل ذلك في مصطلح (بيع الأمانة) .

خيانة عامل المساقاة :

٧ ـ العامل أمين والقول قوله فيما يدعيه من هلاك وما يدعى عليه من خيانة .[4] فإن ثبتت خيانة العامل بإقرار أو بينة ، أو يمين مردودة، ضم إليه من يشرف عليه إلى أن يتم العمل ولا تزال يده ، لأن العمل حق عليه ويمكن استيفاؤه منه بهذا الطريق فتعين سلوكه جمعا بين الحقين، وأجرة المشرف على العامل .[5]

أما إذا لم تثبت الخيانة ولكن ارتاب المالك فيه

(١) سورة الأنفال / ٢٧

(٢) حديث: «من غشنا فليس منا». أخرجه مسلم (١/ ٩٩ ـ ط الحلبي) من حديث أبي هريرة .

(٣) بدائع الصنائع ٥/ ٢٢٢

(٤) المغني لابن قدامة ٥/ ٤٠٩ ، ٤١٠ ط الرياض.

(٥) مغني المحتاج ٢/ ٣٢٦ نشر دار إحياء التراث العربي، والمغني لابن قدامة ٥/ ٤١٠ ، ومطالب أولي النهى ٣/ ٥٧١

فإنه يضم إليه مشرف وأجرته حينئذ على المالك.[1] هذا عند الشافعية والحنابلة.

أما الحنفية فيعتبرون كون العامل سارقا يخاف عليه من سرقة السعف والثمر قبل الإدراك، من المعاني التي هي عذر في فسخ المساقاة، لأنه يلزم صاحب الأرض ضررا لم يلتزمه فتفسخ به.[2]

ويقول المالكية: إن المساقاة من العقود اللازمة فليس لأحد العاقدين فسخها بعد العقد دون الآخر ما لم يتراضيا عليه، وبناء عليه إذا كان العامل لصا أو ظالما، لم ينفسخ العقد بذلك، ولا يقام غيره مقامه بل يتحفظ منه، لأن فسقه لا يمنع استيفاء المنافع المقصودة منه فأشبه ما لو فسق بغير الخيانة.[3]

أخذ اللقطة بنية الخيانة:

٨ - من أخذ اللقطة بنية الخيانة والاستيلاء يكون ضامنا غاصبا لم يبرأ من ضمانها حتى يؤديها إلى صاحبها.[1] وفي براءة الملتقط بدفع اللقطة إلى الحاكم أو ردها إلى الموضع الذي أخذها منه خلاف وتفصيل ينظر في مصطلح (لقطة).

خيانة أهل الصنائع:

٩ - يراعي المحتسب أحوال أهل الصنائع من حيث الأمانة والخيانة، فيقر أهل الثقة والأمانة منهم، ويبعد من ظهرت خيانته، ويشهر أمره لئلا يغتر به من لا يعرفه.[1]

وإذا لم تدخل الإحاطة بأفعال السوقة تحت وسع المحتسب جاز له أن يجعل لأهل كل صنعة عريفا من صالح أهلها خبيرا بصناعتهم، بصيرا بغشوشهم وتدليساتهم، مشهورا بالثقة والأمانة، يكون مشرفا على أحوالهم ويطالعه بأخبارهم وما يجلب إلى سوقهم من السلع والبضائع، وما تستقر عليه من الأسعار وغير ذلك من الأسباب التي يلزم المحتسب معرفتها.[2] فقد روي أن النبي ﷺ قال: «استعينوا على كل صنعة بصالح أهلها».[3]
وتفصيل ذلك في مصطلح: (حسبة).

---

(١) مغني المحتاج ٢/ ٣٣١، ومطالب أولي النهى ٣/ ٥٧٦

(٢) تكملة فتح القدير ٨/ ٤٠٣ ط دار إحياء التراث العربي، والفتاوى الهندية ٥/ ٢٧٨

(٣) الشرح الصغير ٣/ ٧١٤، وبداية المجتهد ٢/ ١٤٠ ط دار المعرفة، والمنتقى ٥/ ١٠٤

(٤) روضة الطالبين ٥/ ٤٠٦، والجوهرة النيرة ٢/ ٤٩ ط ملتان باكستان.

---

(١) الأحكام السلطانية للماوردي ص ٢٥٦ نشر دار الكتب العلمية، والأحكام السلطانية لأبي يعلى ص ٣٠٢ نشر دار الكتب العلمية

(٢) نهاية الرتبة في طلب الحسبة ص ١٢ ط مطبعة لجنة التأليف والترجمة بالقاهرة.

(٣) حديث: «استعينوا على كل صنعة بصالح أهلها»

قطع يد الخائن:[١]

١٠ - لا تقطع يد خائن ولا خائنة.[٢] فقد روى جابر أن النبي ﷺ قال: «ليس على خائن ولا منتهب ولا مختلس قطع».[٣]

قال ابن الهمام: وقد حكي الإجماع على هذه الجملة.[٤] ولأن الواجب قطع يد السارق، والخائن غير سارق لقصور في الحرز، لأن المال قد كان في يد الخائن وحرزه لا حرز المالك على الخلوص، وذلك لأن حرزه وإن كان حرز المالك فإنه أحرزه بإيداعه عنده لكنه حرز مأذون للأخذ في دخوله.[٥]

وقد اختلف الفقهاء في قطع جاحد العارية: فذهب الجمهور إلى أن جاحد العارية لا قطع عليه لقول رسول الله ﷺ: «ليس على خائن ولا منتهب ولا مختلس قطع»، ولأن الواجب قطع السارق، والجاحد غير سارق وإنما هو خائن فأشبه جاحد الوديعة.[١]

وقال أحمد في رواية وإسحاق بن راهويه: إن جاحد العارية عليه القطع، لما في الصحيحين من حديث عائشة رضي الله عنها «أن امرأة كانت تستعير المتاع وتجحده فأمر النبي ﷺ بقطع يدها».[٢] ووجه دلالة الحديث على ذلك واضحة، فإنه ﷺ رتب القطع على جحد العارية.[٣]

وقال جمهور الفقهاء في حديث عائشة رضي الله عنها: إن القطع كان عن سرقة صدرت منها بعد أن كانت أيضاً مشهورة بجحد العارية فعرّفتها عائشة بوصفها المشهور، فالمعنى امرأة كان وصفها جحد العارية فسرقت فأمر بقطعها.[٤]

قال ابن قدامة: أما جاحد الوديعة وغيرها

- أورده التبريزي في جامعة السنية (ص ٤١ ط مطبعة لجنة التأليف والترجمة والنشر) ولم يعزه إلى أحد، ولم نهتد إليه في المصادر الحديثية الموجودة لدينا.

(١) الخائن هنا هو أن يؤتمن على شيء بطريق العارية أو الوديعة فيأخذه ويدعي ضياعه أو ينكر أنه كان عنده وديعة أو عارية (فتح القدير ٤/ ٢٣٣ ط الأميرية).

(٢) فتح القدير ٤/ ٢٣٣ ط الأميرية والشرقاوي على التحرير ٢/ ٤٣٢ ط الحلبي، والمنتقى ٧/ ١٨٦، وكشاف القناع ٦/ ١٢٩

(٣) حديث: «ليس على خائن ولا منتهب ولا مختلس قطع». أخرجه الترمذي (٤/ ٥٢ - ط الحلبي) من حديث جابر بن عبدالله، وقال: «حديث حسن صحيح».

(٤) فتح القدير ٤/ ٢٣٣

(٥) المغني لابن قدامة ٨/ ٢٤٠ ط الرياض، وفتح القدير ٤/ ٢٣٣ ط الأميرية.

(١) المغني لابن قدامة ٨/ ٢٤٦، وسبل السلام ٤/ ٢٣ ط دار الكتاب العربي، وفتح القدير ٤/ ٢٣٣

(٢) حديث عائشة: «أن امرأة كانت تستعير المتاع». أخرجه مسلم (٣/ ١٣١٦ - ط الحلبي).

(٣) المغني لابن قدامة ٨/ ٢٤٠، ٢٤١، وفتح القدير ٤/ ٢٣٣، وسبل السلام ٤/ ٢٣

(٤) فتح القدير ٤/ ٢٣٣

من الأمانات فلا نعلم أحدا يقول بوجوب القطع عليه.[1]

(ر: سرقة؛ عارية).

خيانة المهادنين:

١١ - ذهب الشافعية والحنابلة إلى أنه لو استشعر الإمام خيانة المهادنين بأمارات تدل عليها، لا بمجرد توهم، لم ينتقض عهدهم بل ينبذ إليهم العهد جوازا، لقول الله تعالى: ﴿وإما تخافن من قوم خيانة فانبذ إليهم على سواء﴾[2] أي أعلمهم بنقض العهد حتى تصير أنت وهم سواء في العلم، فيعلمهم بنقض عهدهم وجوبا قبل الإغارة عليهم وقتالهم، للآية.

ومتى نقض الإمام الهدنة وفي دارنا منهم أحد وجب ردهم إلى مأمنهم، لأنهم دخلوا بأمان فوجب أن يردوا آمنين، وإن كان عليهم حق استوفي منهم كغيرهم للعموميات.[3]

وقال المالكية: إن استشعر الإمام أي ظن خيانة أهل الحرب قبل المدة بظهور أمارتها نبذ العهد الواقع بينه وبينهم على المهادنة وترك الجهاد وجوبا، لئلا يوقع التمادي عليه في الهلكة، وإنما سقط العهد المتيقن بالظن الذي ظهرت علاماته للضرورة.

وأنذرهم الإمام وجوبا بأنه لا عهد لهم، فإن تحقق خيانتهم نبذه بلا إنذار.[1]

أما الحنفية فيجيزون للإمام نقض الصلح بعد أن صالح أهل الحرب مدة، والنبذ إليهم، إذا رأى نقض الصلح أنفع حتى لو لم يستشعر خيانتهم، لأنه عليه الصلاة والسلام نبذ الموادعة التي كانت بينه وبين أهل مكة،[2] ولأن المصلحة لما تبدلت كان النبذ جهادا. وإيفاء العهد ترك الجهاد صورة ومعنى، ولابد من النبذ تحرزا عن الغدر وهو محرم بالعمومات.[3]

ونقل ابن الهمام الإجماع على أن نبذ الموادعة لا يتقيد بخطور الخوف، لأن المهادنة في الأول ما صحت، إلا لأنها أنفع، فلما تبدل الحال عاد إلى المنع.[4]

وإن بدءوا بخيانة قاتلهم الإمام ولم ينبذ إليهم

---

(١) المغني ٨/ ٢٤٩، وانظر قليوبي وعميرة ٤/ ١٩٤
(٢) سورة الأنفال / ٥٨
(٣) أسنى المطالب ٤/ ٢٢٦، والمهذب ٢/ ٢٦٣ ط الحلبي، والمغني لابن قدامة ٨/ ٤٦٣، وكشاف القناع ٣/ ١١٦

(١) حاشية الدسوقي ٢/ ٢٠٦ ط الحلبي، وأحكام القرآن لابن العربي ٢/ ٨٦٠
(٢) حديث: «نبذ الموادعة التي كانت بينه وبين أهل مكة» ذكر قصتها البيهقي في دلائل النبوة (٥/ ٩ - ١٢ - ط دار الكتب العلمية)
(٣) فتح القدير ٤/ ٢٩٤ ط الأميرية، والبناية ٥/ ٦٦٩ - ٦٧٠، وبدائع الصنائع ٧/ ١٠٩ ط الجمالية، وشرح السير الكبير ٥/ ١٧٠٩
(٤) فتح القدير ٤/ ٢٩٤

إذا كان نقض العهد بانفسالهم، لأنهم صاروا ناقضين للعهد فلا حاجة إلى نقضه.[1]

وتفصيل ذلك في مصطلح (هدنة).

خيانة أهل الذمة :

١٢ - صرح الشافعية والحنابلة بأن أهل الذمة إذا خيف منهم الخيانة لم ينبذ إليهم العهد، والفرق بينهم وبين أهل الهدنة أن عقد الذمة وجب لهم، ولهذا إذا طلبوا عقد الذمة وجب العقد لهم فلم ينقض لخوف الخيانة، والنظر في عقد الهدنة للمسلمين، ولهذا لو طلب الكفار الهدنة كان النظر فيها إلى الإمام، إن رأى عقدها عقد، وإن لم ير عقدها لم يعقد، فكان النظر إليه في نقضها عند الخوف، ولأن أهل الذمة في قبضة الإمام وتحت ولايته، فإذا ظهرت منهم خيانة أمكن استدراكها بخلاف أهل الهدنة فإنهم خارجون عن قبضة الإمام، فإذا ظهرت خيانتهم لم يمكن استدراكها فجاز نقضها بالخوف.[2]

خيانة المسلم أهل الحرب :

١٣ - من دخل من المسلمين إلى أرض العدو بأمان لم يخنهم في مالهم، لأنهم إنما أعطوه الأمان مشروطاً بتركه خيانتهم وتأمينه إياهم من نفسه، وإن لم يكن ذلك مذكورا في اللفظ فهو معلوم في المعنى، ولذلك من جاءنا منهم بأمان فخاننا كان ناقضا لعهده، فإذا ثبت هذا لم تحل له خيانتهم لأنه غدر ولا يصلح في ديننا الغدر.[1] وقد قال النبي ﷺ : «المسلمون على شروطهم».[2]

وتفصيل ذلك في مصطلح : (أهل الحرب).

خروج الخائن في الجيش :

١٤ - يمنع الخائن من الخروج في الجيش، وهو الذي يتجسس للكفار ويطلعهم على عورات المسلمين بالمكاتبة والمراسلة.[3]

والتفصيل في مصطلحي : (جهاد، وتجسس).

مواطن البحث :

١٥ - يأتي ذكر الخيانة في كثير من الأبواب الفقهية كالبيع، والشركة، والمضاربة، والوديعة والعارية، واللقطة، والوكالة، والوصايا، والحضانة والشهادة، والسير.

---

(١) البناية شرح الهداية ٥/ ٦٧٦ وانظر أحكام القرآن لابن العربي ٢/ ٨٦٠

(٢) المهذب ٢/ ٢٦٣ ط الحلبي، وأسنى المطالب ٤/ ٢٢٦، والمغني لابن قدامة ٨/ ٤٦٣ ط الرياض.

(١) المغني لابن قدامة ٨/ ٤٥٨

(٢) حديث: «المسلمون على شروطهم». أخرجه أبو داود (٤/ ٢٠ - تحقيق عزت عبيد دعاس) من حديث أبي هريرة. وإسناده حسن.

(٣) روضة الطالبين ١٠/ ٢٤٠، والمغني ٨/ ٣٥١

خيل

التعريف :

١ - الخيل جماعة الأفراس. والخيل مؤنثة ولا واحد لها من لفظها أو واحدها خائل، والجمع خيول وأخيال، وسميت خيلا لاختيالها أي إعجابها بنفسها مرحا.

قال بعضهم: وتطلق على العراب والبراذين[1] ذكورها وإناثها، ومنه قوله تعالى: ﴿والخيل والبغال والحمير لتركبوها﴾.[2]

ويطلق أيضا على الفرسان، ومنه قوله تعالى: ﴿وأجلب عليهم بخيلك ورجلك﴾[3] أي بفرسانك ورجالك.[4]

ولا يخرج استعمال الفقهاء لهذا اللفظ عن المعنى اللغوي بالإطلاق الأول.

(١) العراب: الخيل العربية، والبراذين: الخيل غير العربية.

(٢) سورة النحل/ ٨

(٣) سورة الإسراء/ ٦٤

(٤) مختار الصحاح، والمغرب للمطرزي والمصباح والقاموس مادة «خيل» وابن عابدين ٢/ ١٩

الحكم الإجمالي :

٢ - حث الشارع على اقتناء الخيل للجهاد وارتباطها في سبيل الله. قال الله تعالى: ﴿وأعدوا لهم ما استطعتم من قوة ومن رباط الخيل﴾.[1] وقال ﷺ: «الخيل معقود في نواصيها الخير إلى يوم القيامة».[2] وتنظر الأحكام المتعلقة بذلك في مصطلح: (فروسية).

وتتعلق بالخيل أحكام منها:

زكاتها :

٣ - ذهب جمهور الفقهاء وهو قول أبي يوسف ومحمد وعليه الفتوى عند الحنفية: إلى أنه لا زكاة في الخيل إلا إذا كانت للتجارة، لما روي أن النبي ﷺ قال: «ليس على المسلم في فرسه وغلامه صدقة».[3] وعن علي رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال: «قد عفوت عن صدقة الخيل والرقيق»[4] ولأنها ليست من جنس الأنعام فلم

(١) سورة الأنفال/ ٦٠

(٢) حديث «الخيل معقود...» أخرجه البخاري (الفتح ٦/ ٥٦ ط السلفية) ومسلم (٣/ ١٤٩٣ - ط الحلبي) من حديث عروة البارقي.

(٣) حديث: «ليس على المسلم في فرسه...». أخرجه البخاري (الفتح ٣/ ٣٢٧ ط السلفية) ومسلم (٢/ ٦٧٥ - ٦٧٦ - ط الحلبي) من حديث أبي هريرة.

(٤) حديث: «قد عفوت عن صدقة الخيل والرقيق...» أخرجه الترمذي (٣/ ٧ - ط الحلبي) من حديث علي بن أبي طالب، ونقل عن البخاري أنه صححه.

تجب زكاتها كالوحوش.

وقال أبو حنيفة: الخيل السائمة إذا كانت ذكورا وإناثا تجب فيها الزكاة، وإن كان الكل إناثا ففيه روايتان. وإن كان الكل ذكورا ففي ظاهر الرواية لا تجب، وفي مسائل النوادر أنها تجب.[1]

والتفصيل ذلك يرجع إلى: (زكاة).

أكلها:

٤ ـ يرى جمهور الفقهاء (الشافعية والحنابلة وهو قول للمالكية) أن الخيل مباح أكلها. ويرى الحنفية في الراجح عندهم وهو قول ثان للمالكية: إن أكلها حلال مع الكراهة التنزيهية. وبه قال الأوزاعي وأبو عبيد. وفي رواية عن أبي حنيفة مع الكراهة التحريمية ونحوه قول للمالكية أيضا،[2] وينظر تفصيل ذلك في مصطلح: (أطعمة).[3]

(١) ابن عابدين ٢/ ١٩ ط دار إحياء التراث العربي، والفتاوى الهندية ١/ ١٧٨، والخانية على هامشها ١/ ٢٤٩، والتاج والإكليل على هامش مواهب الجليل ٢/ ٢٥٦، والوجيز ١/ ٧٩ ط دار المعرفة، والمغني ٢/ ٦٢٠، ٦٢١ ط الرياض.

(٢) ابن عابدين ٦/ ٣٠٥، وجواهر الإكليل ١/ ٢١٨ ط السعودية مكتبة المكرمة، ونهاية المحتاج ٨/ ١٥٢ ط مصطفى البابي الحلبي، والمغني ٨/ ٥٩١.

(٣) ينظر كتاب «حرمة الكيل لمن حرم لحوم الخيل» للحافظ العلائي. نشر وطبع وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية بالكويت.

سهمها في الغنيمة:

٥ ـ ذهب جمهور الفقهاء إلى أن الغنيمة يقسم منها للفارس ثلاثة أسهم، سهم له، وسهمان لفرسه. وإليه ذهب عمر بن عبد العزيز والحسن وابن سيرين، وحسين بن ثابت، والثوري، والليث بن سعد، وإسحاق وأبو ثور. لما روى ابن عمر أن رسول الله ﷺ أسهم يوم خيبر للفارس ثلاثة أسهم: سهمين لفرسه وسهما له.[1]

وقال أبو حنيفة: للفرس سهم واحد، لما روى مجمع بن جارية أن رسول الله ﷺ: قسم خيبر على أهل الحديبية فأعطى الفارس سهمين وأعطى الراجل سهما،[2] ولأنه حيوان ذو سهم، فلم يزد على سهم كالآدمي.

ولا يسهم لأكثر من فرس واحد عند الحنفية ـ ما عدا أبا يوسف ـ والمالكية، والشافعية، لأنه لا يمكن أن يقاتل على أكثر منها، فلا يسهم لما زاد عليها.

ويرى الحنابلة، وهو قول أبي يوسف من

(١) حديث: «أسهم يوم خيبر للفارس ثلاثة أسهم، سهمين....» أخرجه البخاري (الفتح ٧/ ٤٨٤ ـ ط السلفية) من حديث عبد الله بن عمر.

(٢) حديث: «قسم خيبر على أهل الحديبية فأعطى الفارس...» أخرجه أبو داود (٣/ ١٧٤ ـ ١٧٥ ـ تحقيق عزت عبيد دعاس) من حديث مجمع بن جارية، وضعفه ابن حجر في الفتح (٦/ ٦٨ ـ ط السلفية).

الحنفية، أنه يسهم لفرسين ولا يسهم لأكثر من ذلك، لما روى الأوزاعي أن رسول الله ﷺ كان يسهم للخيل، وكان لا يسهم للرجل فوق فرسين وإن كان معه عشرة أفراس.[1] ولأن به إلى الثاني حاجة، فإن إدامة ركوب واحد تضعفه، وتمنع القتال عليه، فيسهم له كالأول بخلاف الثالث فإنه مستغنى عنه.[2]

وفي الموضوع تفصيل ينظر في (غنائم).

المسابقة بينها:

٦ ـ لا خلاف بين الفقهاء في جواز المسابقة بين الخيل سواء أكانت بعوض أم بغيره،[3] وفي كيفية تحقق السبق بينها تفصيل ينظر في مصطلحي: (رمي، وسبق).

٧ ـ وبالإضافة إلى ما سبق يتعلق بالخيل مسائل أخرى يبحثها الفقهاء في مواطنها، كمسألة إنزاء الحمير عليها تطرق إليها الفقهاء في الزكاة،[1] وطهارة بولها للمجاهد أصابه بأرض حرب، بحث في باب النجاسات،[2] وركوب المرأة عليها بحث في مباحث الحظر والإباحة.[3] ومنع الذمي من ركوبها بحث في الجزية عند الحديث عن تمييز أهل الذمة في الملبس،[4] وغير ذلك من الأمور.

(١) حديث: «وكان لا يسهم للرجل فوق فرسين، وإن كان...» أخرجه سعيد بن منصور في سننه كما في المغني لابن قدامة (٨/ ٤٠٧ ـ ٤٠٨ ـ ط الرياض) وفيه إرسال.
(٢) ابن عابدين ٣/ ٢٣٤، وجواهر الإكليل ١/ ٢٦٢ ط دار الباز، مكة المكرمة، والقليوبي ٣/ ١٩٤ ط دار إحياء الكتب العربية، والمغني ٨/ ٤٠٤، ٤٠٥، ٤٠٨ ـ ط الرياض.
(٣) ابن عابدين ٥/ ٢٥٧، ٢٥٨، ٤٧٩، وجواهر الإكليل ١/ ٢٧١، وشرح المنهاج على حاشية القليوبي ٤/ ٢٦٥، ونهاية المحتاج ٨/ ١٦٤، ١٦٥، والمغني ٨/ ٦٥١، ٦٥٢، ٦٥٩، ٦٦٠.

(١) القليوبي ٢/ ٢٠٣
(٢) جواهر الإكليل ١/ ١٢
(٣) ابن عابدين ٥/ ٢٧١، ٢٧٢
(٤) ابن عابدين ٣/ ٢٧٣

خيلاء

انظر: اختيال

داتورة

انظر: تخدير

داخل

التعريف :

١ - الداخل في اللغة : فاعل من دخل الشيء دخولا ، وداخل الشيء خلاف خارجه ، ودخلت الدار ونحوها دخولا صرت داخلها ، فهي حاوية لك.[١]

والمراد بالداخل في عرف الفقهاء واضع اليد على العين ، ويعبر عنه بعض الفقهاء بذي اليد ، وصاحب اليد ، والحائز.[٢] يقول البعلي الحنبلي: الداخل: من العين المتنازع فيها في يده.[٣]

وجاء في المجلة في تعريف ذي اليد : (هو الذي وضع يده على عين بالفعل ، أو الذي ثبت تصرفه تصرف الملاك).[٤]

ويستعمل الفقهاء (الداخل) بالمعاني اللغوية والعرفية المشار إليها.

الألفاظ ذات الصلة :

أ - الخارج :

٢ - الخارج خلاف الداخل . ويراد به في اصطلاح الفقهاء من لا شيء في يده ، بل جاء من الخارج ، ينازع الداخل[١] (ذا اليد) . فهو البريء عن وضع اليد والتصرف بالوجه المذكور.[٢]

ويكثر استعمال كلمتي الداخل والخارج عند الفقهاء في مباحث الدعوى والبينات .

وإذا تميز الداخل عن الخارج في دعوى الملك يتميز المدعي عن المدعى عليه ، فالخارج هو المدعي ، والداخل هو المدعى عليه ، وهذا هو الأصل في الدعوى ، لأن الداخل لا يحتاج إلى الدعوى لوجود العين في يده .[٣]

الحكم الإجمالي ومواطن البحث :

٣ - ذكر الفقهاء في الدعاوى وترجيح البينات صورا ترجح فيها بينة الخارج على الداخل ، وأخرى ترجح فيها بينة الداخل على الخارج في دعوى الملك حين إقامة البينة من الطرفين ، نذكر منها الصور المشهورة التالية مع بيان أدلتهم

---

(١) المصباح المنير في المادة .

(٢) كشاف القناع ٦/ ٣٩٠ ، ومغني المحتاج ٤/ ٤٨٠ ، والمطلع على أبواب المقنع ص٤٠٤

(٣) المطلع على أبواب المقنع ص٤٠٤

(٤) مجلة الأحكام العدلية م(١٦٧٩)

(١) المطلع ص٤٠٤ ، ومغني المحتاج ٤/ ٤٨٠ ، ٤٨١

(٢) مجلة الأحكام العدلية م(١٦٨٠)

(٣) ابن عابدين ٤/ ٤٣٧ ، والبدائع ٦/ ٢٣٥ ، وتبصرة الحكام ١/ ١٤٨ ، ومغني المحتاج ٤/ ٤٨٠ ، والمغني ٩/ ٢٧٥ ، ٢٧٦ ، وكشاف القناع ٦/ ٣٩٠ ، ٣٩١

إجمالا تاركين التفصيل إلى مواضعه من مصطلحات : (تعارض ، دعوى ، شهادة) .

أولا : البينة على دعوى الملك المطلق :[1]

٤ - إذا تداعى الرجلان على ملك مطلق بأن ادعيا ملك عين دون سبب الملكية من الإرث أو الشراء أو غيرهما ، وأقام كل واحد منهما بينة على ذلك ، فقال الحنفية وهو المشهور عند الحنابلة وقول عبد الملك بن الماجشون من المالكية : يقضي ببينة الخارج ، ولا تعتبر بينة الداخل (ذي اليد) في ملك مطلق ، وذلك لأن الخارج هو المدعي ، وقد قال النبي ﷺ : «البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه»[2] تجعل جنس البينة في جنبة المدعي فلا يبقى في جنبة المدعى عليه بينة . ولأن بينة المدعي أكثر فائدة ، فوجب تقديمها ، كتقديم بينة الجرح على التعديل ، ودليل كثرة فائدتها أنها تثبت شيئا لم يكن ، وبينة المنكر إنما تثبت ظاهرا تدل عليه اليد ، فلم تكن مفيدة ، لأن الشهادة بالملك يجوز أن يكون مستندها رؤية اليد والتصرف .[1]

وقال الشافعية وهو المشهور عند المالكية ورواية عند الحنابلة : إن كانت العين في يد أحدهما ، وأقام كل واحد منهما بينة ، قدمت بينة صاحب اليد (الداخل) ، لأنهما استويا في إقامة البينة وترجحت بينة الداخل بيده ، كالخبرين اللذين مع أحدهما قياس ، فيقضى له بها .[2] قال ابن فرحون : وهذا معنى قولهم : تقدم بينة الداخل على بينة الخارج عند التكافؤ .[3]

وهل يحكم للداخل ببينة مع اليمين أو بغير اليمين؟ قال الشافعية : لا يشترط أن يحلف مع بينته في الأصح ، وهذا ما ذكره الدسوقي من المالكية . وذكر ابن فرحون أنه يحكم للحائز مع اليمين ، وبه قال بعض الشافعية .[4]

---

(١) الملك المطلق هو الذي لم يتقيد بأحد أسباب الملك كالإرث والشراء ونحوهما . وغير المطلق هو المضاف إلى سبب ، وهو أن يبين سبب الملك مثل أن يقيم بينة بأن هذه العين ملكه نتجت في ملكه ، أو أن هذا الثوب ملكه نسجه في ملكه وهذا السبب على نوعين : منه ما يمكن أن يتكرر في الملك ، مثل الغراس بأن يغرس مرتين ، وكذا نسج ثوب الخز على ما يقوله أهل صنعته بأنه يمكن أن ينسج مرتين ، ومنه ما لا يمكن تكراره ، كالولادة والنتاج ونسج ثوب القطن . (تبصرة الحكام ١/ ٢٤٨ ، والاختيار ٢/ ١٦٧) .

(٢) حديث : «البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه» . أخرجه بهذا اللفظ البيهقي (١٠/ ٢٥٢ - ط دائرة المعارف العثمانية) من حديث ابن عباس ، وأشار إلى شذوذ هذا اللفظ ، ورواه بإسناد صحيح بلفظ : «البينة على المدعي ، واليمين على من أنكر» .

(١) ابن عابدين ٤/ ٤٣٧ ، والبدائع ٦/ ٢٦٥ ، والاختيار ٢/ ١٦٩ ، ١٦٧ ، وتبصرة الحكام ١/ ٢٤٨ ، وكشاف القناع ٦/ ٣٩٠ ، والمغني ٩/ ٢٧٥ ، ٢٧٦

(٢) مغني المحتاج ٤/ ٤٨١ ، والدسوقي ٤/ ٢٢٣ ، وتبصرة الحكام ١/ ٢٤٨ ، والمغني ٩/ ٢٧٥ ، ٢٧٦

(٣) تبصرة الحكام ١/ ٢٤٨ ، ٢٤٩

(٤) الدسوقي ٤/ ٢٢٣ ، وتبصرة الحكام ١/ ٢٤٨ ، والمهذب ٢/ ٣١١

ثانيا : البينة على الملك المضاف إلى سبب :

٥ ـ إذا كانت الدعوى على ملك مستند إلى سبب من الإرث ، أو الشراء ، أو غيرهما فجمهور الفقهاء على تقديم بينة ذي اليد في الجملة ، لكن اختلفت آراؤهم باختلاف الصور في المسألة على الوجه التالي :

أ ـ يرى الحنفية أن سبب الملك إذا كان قابلا للتكرار ، كالشراء ، ونسج ثوب الخز ، وزرع الحبوب ونحوها تقدم بينة الخارج ، لكونها في حكم دعوى الملك المطلق . إلا إذا ادعى كل منهما تلقي الملك من شخص واحد ، بأن قال كل واحد منهما : إنه اشتراها من زيد مثلا . ففي هذه الحالة تقدم بينة الداخل .

أما إذا كان سبب الملك غير قابل للتكرار ، كالنتاج ، أو نسج ثوب القطن مثلا ، فتقدم بينة الداخل ، لأن ما قامت عليه البينة أمر زائد لا تدل عليه اليد فتعارضتا ، فترجحت بينة ذي اليد باليد .(١) ولما روى جابر بن عبد الله « أن النبي ﷺ اختصم إليه رجلان في دابة أو بعير ، فأقام كل واحد منهما بينته بأنها له نتجها ، فقضى بها رسول الله ﷺ للذي في يده .(٢)

والمشهور عند المالكية ترجيح بينة الداخل (ذي اليد) إذا تساوتا في العدالة ،(١) سواء أكانت الدعوى في ملك مطلق أو في ملك مضاف إلى سبب يتكرر أولا يتكرر . وقال ابن الماجشون : لا ينتفع الحائز (الداخل) ببينته ، وبينة المدعي أولى .

أما إذا ذكرت إحدى البينتين سبب الملك من نتاج أو زراعة ، والأخرى لم تذكر سوى مجرد الملك فإنه يرجح من ذكر السبب .(٢)

وذهب الشافعية في الأصح إلى تقديم بينة ذي اليد (الداخل) في الملك المضاف إلى سبب أيضا ، كما في البينة على الملك المطلق ، إلا إذا أطلق الداخل دعوى الملك ، وأقام بينة . وقيده الخارج بقوله : (اشتريته منك) ، وأقام بينة على ذلك ففي هذه الحالة تقدم بينة الخارج ، لزيادة علمها بالانتقال ، لكنهم صرحوا بأنه لا تسمع بينة الداخل إلا بعد بينة الخارج ، لأن الأصل في جانبه اليمين فلا يعدل عنها ما دامت كافية .(٣)

أما الحنابلة فلهم ثلاث روايات : الأولى :

---

(١) الاختيار ٢/ ١١٢ ، وحاشية ابن عابدين ٤/ ٣٣٧ وما بعدها ، والفتاوى الهندية ٤/ ٧٣ ومجلة الأحكام العدلية م(١٧٥٨ ، ١٧٥٩) .

(٢) حديث جابر : « أن النبي ﷺ اختصم إليه رجلان في =

= دابة . . . » أخرجه البيهقي (١٠/ ٢٥٦ ـ ط دائرة المعارف العثمانية) وضعفه ابن حجر في التلخيص (٤/ ٢١٠ ـ ط شركة الطباعة الفنية) .

(١) تبصرة الحكام ١/ ٣٤٨ ، ٣٤٩

(٢) نفس المرجع .

(٣) مغني المحتاج ٤/ ٤٨٠ ، ٤٨١ ، ونهاية المحتاج ٨/ ٣٤٠ وما بعدها .

وهي المشهورة عندهم تقديم بينة المدعي (الخارج)، وعدم سماع بينة الداخل بحال، سواء أشهدت بأن العين له نتجت في ملكه، أو قطيعة الإمام أم لا، إلا إذا أقام كل واحد منهما بينة على أنه اشتراها من الآخر فتقدم بينة الداخل.

والثانية: أنه إذا شهدت بينة الداخل بسبب الملك فقالت: إن العين نتجت في ملكه، أو اشتراها، أو نسجها.. قدمت، وإلا قدمت بينة المدعي (الخارج).

والرواية الثالثة: أن بينة المدعى عليه (الداخل) تقدم بكل حال، سواء أكانت مستندة إلى سبب أم على ملك مطلق، لأن جنبة المدعى عليه أقوى، لأن الأصل معه ويمينه تقدم على يمين المدعي، فإذا تعارضت البينتان وجب إبقاء يده على ما فيها، كما لو لم تكن بينة لواحد منهما. وحديث جابر يدل على هذا، فإنه إنما قدمت بينته ليده.[1]

ثالثاً: البينة على الملك المؤرخ:

٦ ـ إذا أقام كل من الداخل والخارج بينة على ملك عين وذكر التاريخ، فبينة من تاريخه مقدم أولى عند الحنفية والمالكية، وهو رواية عند الحنابلة، مثلاً إذا ادعى أحد أن العرصة التي في يد غيره ملكها هو منذ سنة، وقال ذو اليد (الداخل): إنه ملكها منذ سنتين، ترجح بينة ذي اليد.

وإن قال الداخل: (ملكتها منذ ستة أشهر) ترجح بينة الخارج. وذلك لأن بينة من يكون تاريخه مقدماً تثبت الملك له وقت التاريخ، والآخر لا يدعيه في ذلك الوقت، وإذا ثبت الملك له في ذلك الوقت لا يثبت لغيره إلا بالتلقي منه، إذ الأصل في الثابت دوامه.

واستثنى الحنفية من هذا الأصل دعوى النتاج، فبينة ذي اليد فيها أولى من بينة الخارج مطلقاً، دون اعتبار التاريخ، كما يدل عليه حديث جابر المتقدم.[1]

وقال الشافعية: لو كانت اليد لمتقدم التاريخ قدمت قطعاً، وإذا كانت لمتأخر التاريخ فالمذهب أنها تقدم أيضاً، لأنهما متساويتان في إثبات الملك في الحال فيتساقطان فيه، وتبقى اليد فيه مقابلة الملك السابق، وهي أقوى من الشهادة على الملك السابق بدليل أنها لا تزال بها.

وفي القول الثاني: يرجح السبق، وفي قول ثالث: يتساويان.[2]

---

(١) المغني ٩/ ٢٧٥، ٢٧٦، وكشاف القناع ٦/ ٣٨٠ وما بعدها.

(١) الاختيار ٢/ ١١٧، وحاشية ابن عابدين ٤/ ٤٣٧، وما بعدها، ومجلة الأحكام العدلية م- ١٧٦٠، وتبصرة الحكام ١/ ٢٤٨، ٢٤٩، والمغني ٩/ ٢٧٥، ٢٧٦.

(٢) نهاية المحتاج ٨/ ٣٤٣.

وفي الرواية الأخرى عند الحنابلة تقدم بينة الخارج ولا اعتبار للتاريخ .[١]

وهناك صور وفروع أخرى يرجع لحكمها وأدلة الفقهاء فيها في مصطلحات : (دعوى ، شهادة) .

(١) المغني ٩/ ٣٢٥

دار

التعريف :

١ - الدار لغة اسم جامع للعرصة والبناء والمحلة . وفي كليات أبي البقاء : الدار اسم لما يشتمل على بيوت ومنازل وصحن غير مسقوف .

وهي من دار يدور ، وسميت بذلك لكثرة حركات الناس فيها واعتبارا بدورانها الذي لها بالحائط ، وجمعها أدور ، ودور ، والكثير ديار ، وهي المنازل المسكونة والمحال .

وكل موضع حل به قوم فهو دارهم ، ومن هنا سميت البلدة دارا ، والصقع دارا .

وقد تطلق الدار على القبائل مجازا .[١]

ومعناها الاصطلاحي لا يختلف عن معناها اللغوي .

الألفاظ ذات الصلة :

أ - البيت :

٢ - أصل البيت لغة مأوى الإنسان بالليل ، لأنه

(١) لسان العرب ، غريب القرآن للأصفهاني ، المصباح المنير مادة : «دار» ، مغني المحتاج ٢/ ٨٤

يقال: بات: أي أقام بالليل، كما يقال: ظل بالنهار، ويقال: للمسكن بيت من غير اعتبار الليل فيه.

ويقع اسم البيت على المتخذ من حجر، أو مدر، أو صوف، أو وبر، أو غيرها.

ويعبر عن مكان الشيء بأنه بيته، وفي التنزيل: ﴿وإن أوهن البيوت لبيت العنكبوت﴾[1] وبيت الله عن عباده. والبيت العتيق، والبيت الحرام هو الكعبة أو المسجد الحرام كله.[2]

فبين البيت والدار عموم وخصوص وجهي.[3]

ب - الحجرة:

٣ - الحجرة هي الواحدة من حجر الدار، والجمع حجر، وحجرات، مثل غرف وغرفات.[4]

ج - الغرفة:

٤ - الغرفة: العلية، وقد تطلق على الحجرة، والجمع غرف، ثم غرفات بضم الراء وفتحها.[5]

(١) سورة العنكبوت/ ٤١

(٢) لسان العرب، المصباح المنير مادة (بيت)

(٣) لسان العرب، المصباح المنير، غريب القرآن للأصفهاني مادة (بيت)

(٤) المصباح المنير

(٥) المصباح المنير

د - الخدر:

٥ - الخدر: الستر، والجمع خدور، ويطلق الخدر على البيت إن كان فيه امرأة وأولاد.[1]

هـ - المنزل:

٦ - المنزل: المنهل، والدار، وموضع النزول، وقد تكون أسماء تشتمل على بيوت، وصحن مسقف، ومطبخ، يسكنه الرجل بعياله. وهو دون الدار وفوق البيت. وأقله بيتان أو ثلاثة.[2]

و - المخدع:

٧ - المخدع بضم الميم، بيت صغير يحرز فيه الشيء، وكسر الميم وفتحها لغتان، مأخوذ من أخدعت الشيء بالألف إذا أخفيته.[3]

الأحكام المتعلقة بالدار:

٨ - أورد الفقهاء أحكام الدار وما يتعلق بها في عدة أبواب منها: البيع، والإجارة، والوصية، والوقف.

وبحثوا فيها لو باع الشخص الدار أو آجرها أو أوصى بها، أو وقفها، ما يدخل في هذا العقد وما لا يدخل فيه.

فاتفق الفقهاء من الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة على أن العقد على الدار عند الإطلاق

(١) المصباح المنير

(٢) المغرب، والمصباح، والمختار، والكليات، والمبسوط للسرخسي ٨/ ١٦٤، ١٦٥

(٣) المصباح المنير

يدخل فيه الأرض والبناء وكل ما هو مثبت فيها كالأجنحة والرواشن، والدرج والمراقي المعقودة، والسقف، والجسور، والبلاط المفروش المثبت في الأرض، والأبواب المنصوبة وغلقها المثبت، والخوابي، ومعاجن الخبازين وخشب القصارين، والإجانات المثبتة (وهي آنية تغسل فيها الثياب) والرفوف، والسلالم، والسرر على أن تكون هذه الثلاثة مسمرة.

كما يدخل في هذا العقد الأشجار الرطبة المغروسة في الدار، والبئر المحفورة، والأوتاد المغروزة فيها، لأن اسم الدار يقع على جميع هذه الأشياء عرفا.

وكذلك يدخل في هذا العقد حجرا الرحى إذا كان الأسفل منها مثبتا [1].

وفي قول لكل من الشافعية والحنابلة: لا يدخل الحجر الأعلى إذا كان منفصلا.

واتفقوا على أن المنقولات المنفصلة وغير المثبتة لا تدخل في العقد عند الإطلاق، وذلك كالسرير، والفرش، والستائر، والرفوف الموضوعة بغير تسمير ولا غرز في الحائط، وكذلك الأقفال والحبال، والدلو، والبكرة إذا لم تكن مركبة بالبئر بأن كانت مشدودة بحبل أو موضوعة.

وكذلك السلالم الموضوعة غير المركبة. وكل ما لا يكون من بناء الدار ولا متصلا بها من خشب وحجر، وحيوان، وغيرها من المنقولات الموجودة في الدار.

وهذا كله عند الإطلاق.

أما إذا اتفق الطرفان على أن يشمل العقد جميع المنقولات الموجودة في الدار أو بعضها، أو قال: وقفت الدار بجميع ما فيها، فإن المنقولات الموجودة تدخل في العقد تبعا للدار أو حسب ما اتفق عليه الطرفان [1].

والتفاصيل في مصطلح: (بيع، وقف).

واختلف الفقهاء في وقف علو الدار دون سفلها، أو سفلها دون علوها، أو جعل وسط داره مسجدا ولم يذكر الاستطراق [2].

فذهب الجمهور إلى صحة هذا الوقف، لأنه كما يصح بيعه فكذلك يصح وقفه، كوقف الدار جميعا، ولأنه تصرف يزيل الملك إلى من يثبت له حق الاستقرار والتصرف.

وذهب الحنفية إلى عدم صحة ذلك [3].

والتفاصيل في مصطلح: (وقف).

---

(١) حاشية ابن عابدين ٣/ ٣٧٣، ٤/ ٣٣، جواهر الإكليل ٢/ ٥٩، مغني المحتاج ٢/ ٨٤، ٣٤٦، المغني لابن قدامة ٤/ ٨٨، ٥/ ٤٥٨

(١) حاشية ابن عابدين ٣/ ٣٧٣، مغني المحتاج ٢/ ٣٤٦، جواهر الإكليل ٢/ ٥٩

(٢) الاستطراق كما في المغرب: هو استفعال من الطريق، وهو اتخاذ المكان طريقا. مادة: (طرق).

(٣) روضة الطالبين ٥/ ٣١٥، والمغني لابن قدامة ٥/ ٦٠٢

دار الإسلام

التعريف :

١ - دار الإسلام هي : كل بقعة تكون فيها أحكام الإسلام ظاهرة.[1]

وقال الشافعية : هي كل أرض تظهر فيها أحكام الإسلام - ويراد بظهور أحكام الإسلام : كل حكم من أحكامه غير نحو العبادات كتحريم الزنى والسرقة - أو يسكنها المسلمون وإن كان معهم فيها أهل ذمة، أو فتحها المسلمون، وأقروها بيد الكفار، أو كانوا يسكنونها، ثم أجلاهم الكفار عنها.[2]

الألفاظ ذات الصلة :

أ - دار الحرب :

٢ - دار الحرب هي : كل بقعة تكون فيها أحكام الكفر ظاهرة.[3]

ب - دار العهد :

٣ - دار العهد : وتسمى دار الموادعة ودار الصلح وهي : كل ناحية صالح المسلمون أهلها بترك القتال على أن تكون الأرض لأهلها.[1]

ج - دار البغي :

٤ - دار البغي هي : ناحية من دار الإسلام تحيز إليها مجموعة من المسلمين لهم شوكة خرجت على طاعة الإمام بتأويل.[2]

الحكم التكليفي :

٥ - إذا استولى الكفار على بقعة من دار الإسلام صار الجهاد فرض عين على جميع أفراد الناحية التي استولى عليها الكفار، رجالا ونساء، صغارا وكبارا، أصحاء ومرضى، وإذا لم يستطع أهل الناحية دفع العدو عن دار الإسلام، صار الجهاد فرض عين على من يليهم من أهل النواحي الأخرى من دار الإسلام، وهكذا حتى يكون الجهاد فرض عين على جميع المسلمين. ولا يجوز تمكين غير المسلمين من دار الإسلام. ويأثم جميع المسلمين

---

(١) بدائع الصنائع ٧/ ١٣٠ - ١٣١، ابن عابدين ٣/ ٢٥٣، المبسوط ١٠/ ١١٤، كشاف القناع ٣/ ٤٣، الإنصاف ٤/ ١٢١، المدونة ٢/ ٢٢.

(٢) حاشية البجيرمي ٤/ ٢٢٠ وما بعدها، نهاية المحتاج ٨/ ٨٢ وما بعدها.

(٣) المصادر السابقة.

(١) الأحكام السلطانية للماوردي ص١٣٨، وفتح القدير ٥/ ٣٣٤.

(٢) الأحكام السلطانية للماوردي ص٣٨، فتح القدير ٥/ ٣٣٤، بدائع الصنائع ٧/ ١٣٠ - ١٣١، فتح العلي المالك ١/ ١١١.

إذا تركوا غيرهم يستولي على شيء من دار الإسلام. (ر: جهاد).

ويجب على أهل بلدان دار الإسلام، وقراها من المسلمين إقامة شعائر الإسلام، وإظهارها فيها كالجمعة، والجماعة، وصلاة العيدين، والأذان، وغير ذلك من شعائر الإسلام، فإن ترك أهل بلد أو قرية إقامة هذه الشعائر أو إظهارها قوتلوا وإن أقاموها سرا.[1]

ولا يجوز لغير المسلمين دخول دار الإسلام إلا بإذن من الإمام أو أمان في مسلم. ولا يجوز لهم إحداث دور عبادة لغير المسلمين: كالكنائس، والصوامع، وبيت النار، على تفصيل سيأتي.

تحول دار الإسلام إلى دار كفر:

٦ - اختلف الفقهاء في تحول دار الإسلام إلى دار الكفر.

فقال الشافعية: لا تصير دار الإسلام دار كفر بحال من الأحوال، وإن استولى عليها الكفار، وأجلوا المسلمين عنها، وأظهروا فيها أحكامهم.[2] لخبر: «الإسلام يعلو ولا يعلى عليه»[3].

وقال المالكية، والحنابلة، وصاحبا أبي حنيفة (أبو يوسف، ومحمد): تصير دار الإسلام دار كفر بظهور أحكام الكفر فيها.[1] وذهب أبو حنيفة إلى أنه لا تصير دار كفر إلا بثلاث شرائط:

١ - ظهور أحكام الكفر فيها.

٢ - أن تكون متاخمة لدار الكفر.

٣ - أن لا يبقى فيها مسلم، ولا ذمي آمنا بالأمان الأول، وهو أمان المسلمين.

ووجه قول الصاحبين ومن معهما أن دار الإسلام ودار الكفر: أضيفتا إلى الإسلام وإلى الكفر لظهور الإسلام أو الكفر فيهما، كما تسمى الجنة دار السلام، والنار دار البوار، لوجود السلامة في الجنة، والبوار في النار، وظهور الإسلام والكفر إنما هو بظهور أحكامهما، فإذا ظهرت أحكام الكفر في دار فقد صارت دار كفر، فصحت الإضافة، ولهذا صارت الدار دار إسلام بظهور أحكام الإسلام فيها من غير شريطة أخرى، فكذا تصير دار كفر بظهور أحكام الكفر فيها.

ووجه قول أبي حنيفة: أن المقصود من

---

(١) أسنى المطالب ٤/ ١٧٤، وروضة الطالبين ١٠/ ٢١٧، وبدائع الصنائع ١/ ٢٣٢، و٧/ ٩٨، وكشاف القناع ١/ ٢٣٤، ونهاية المحتاج ٢/ ١٣٦ - ١٣٧

(٢) نهاية المحتاج ٨/ ٨٢، وأسنى المطالب ٤/ ٢٠٤

(٣) حديث: «الإسلام يعلو ولا يعلى عليه». أخرجه = الدارقطني (٣/ ٢٥٢ - ط دار المحاسن) من حديث عائذ بن عمرو المزني، وحسنه ابن حجر في الفتح (٣/ ٢٢٠ - ط السلفية).

(١) بدائع الصنائع ٧/ ١٣٠ - ١٣١، وابن عابدين ٣/ ٢٥٣، وكشاف القناع ٣/ ٤٣، والإنصاف ٤/ ١٢١، والمدونة ٢/ ٢٢

إضافة الدار إلى الإسلام والكفر ليس هو عين الإسلام والكفر، وإنما المقصود هو: الأمن، والخوف، ومعناه: أن الأمن إن كان للمسلمين في الدار على الإطلاق والخوف لغيرهم على الإطلاق فهي دار إسلام، وإن كان الأمن فيها لغير المسلمين على الإطلاق والخوف للمسلمين على الإطلاق فهي دار كفر، فالأحكام عنده مبنية على الأمن والخوف، لا على الإسلام والكفر، فكان اعتبار الأمن والخوف أولى.[1] وينظر التفصيل في (دار الحرب).

دخول الحربي دار الإسلام:

٧ - ليس للحربي دخول دار الإسلام إلا بإذن من الإمام أو نائبه، فإن استأذن في دخولها فإن كان في دخوله مصلحة، كإبلاغ رسالة، أو سماع كلام الله تعالى، أو حمل ميرة أو متاع يحتاج إليهما المسلمون، جاز الإذن له بدخول دار الإسلام إلا الحرم، ولا يقيم في الحجاز أكثر من ثلاثة أيام، لأن ما زاد على هذه المدة في حكم الإقامة، وهو غير جائز. وفي غير الحجاز يقيم قدر الحاجة. أما الحرم فلا يجوز دخول كافر فيه وإن كان ذميا بحال من الأحوال عند جمهور الفقهاء.[2] لقوله تعالى: ﴿يا أيها الذين آمنوا إنما المشركون نجس فلا يقربوا المسجد الحرام بعد عامهم هذا﴾.[1] وللتفصيل ينظر: (أرض العرب، حرم).

مال المستأمن وأهله:

٨ - إذا دخل الحربي دار الإسلام بأمان من الإمام كان ما معه من مال، وزوجة، وأولاد صغار في أمان، أما ما خلفه في دار الحرب فلا يدخل في الأمان، إلا بالشرط في عقد الأمان.

وإن نقض العهد والتحق بدار الحرب بقي الأمان لما تركه في دار الإسلام، وله أن يدخل في دار الإسلام لتحصيل ما تركه من دين ووديعة ونحو ذلك، وإن مات في دار الحرب فتركته في دار الإسلام لورثته.[3]

وإن دخل لتجارة جاز للإمام أن يشترط عليه عشر ما معه من مال التجارة، وله أن يأذن لهم بغير شيء.[4]

---

(١) المصادر السابقة.

(٢) الأم للشافعي ٤/ ١٢٧، ونهاية المحتاج ٨/ ٩٤ -

= وحاشية الدسوقي ١/ ١٨٤، وكشاف القناع ٣/ ١٣٨ - ١٣٤، وروضة الطالبين ١٠/ ٣٠٩، وأسنى المطالب ٤/ ٢١٤ وحاشية ابن عابدين ٣/ ٢٧٥، وبدائع الصنائع ٧/ ١١٤.

(١) سورة التوبة/ ٢٨.

(٣) روضة الطالبين ١٠/ ٢٨٩، ونهاية المحتاج ٨/ ٨٠ - ٨٩، وأسنى المطالب ٤/ ٢٠٦، ومواهب الجليل ٣/ ٣٦٣، وابن عابدين ٣/ ٢٤٩، وكشاف القناع ٣/ ١٠٨.

(٤) روضة الطالبين ١٠/ ٣١٩، ونهاية المحتاج ٨/ ٩٦، وكشاف القناع ٣/ ١٣٧.

استيطان غير المسلم دار الإسلام :

٩ - قسم الفقهاء دار الإسلام إلى قسمين :

جزيرة العرب وغيرها : فجزيرة العرب لا يمكّن غير المسلم من الاستيطان فيها ، وهذا على اتفاق بين الفقهاء .[1]

واستدلوا بخبر : « لا يترك بجزيرة العرب دينان » .[2]

وخبر : « أخرجوا المشركين من جزيرة العرب » .[3]

واختلفوا في المراد من جزيرة العرب .

فقال الشافعية والحنابلة : المراد بالجزيرة العربية الحجاز ، فتجوز إقامتهم في غير الحجاز من الجزيرة ، لأن أحدا من الخلفاء لم يخرج الكفار من اليمن ، وتيماء ، ونجران . وقال غيرهم : المراد جزيرة العرب كلها من عدن أبين إلى ريف العراق .[4]

والتفصيل في مصطلح : (أرض العرب) .

إحداث دور عبادة لغير المسلمين :

١٠ - لا يجوز إحداث كنيسة ، أو صومعة ، أو بيت نار للمجوس في دار الإسلام ، بتفصيل يرجع إليه في مصطلح : (معابد) .

اللقيط وأثر الدار في دينه :

١١ - إذا وجد طفل منبوذ في دار الإسلام حكم بإسلامه وإن كان فيها مع المسلمين غير مسلمين (انظر : لقيط) .

إحياء غير المسلم موات دار الإسلام ، وحفر معادنه

١٢ - ليس لغير المسلم إحياء موات في دار الإسلام لا يملكه بالإحياء ، ولا حفر معادنها ، ولا يمكّن من ذلك . وينظر التفصيل في (إحياء الموات ، وزكاة المعادن) .

(١) بدائع الصنائع ٧/ ١١٤ ، ومواهب الجليل ٣/ ٣٨١

(٢) حديث : « لا يترك بجزيرة العرب دينان » . أخرجه أحمد (٦/ ٢٧٥ - ط الميمنية) من حديث عائشة ، وقال الهيثمي في المجمع (٥/ ٣٢٥ - ط القدسي) : رواه أحمد والطبراني ، ورجال طريقين منها ثقات متصل إسنادهما

(٣) حديث : « أخرجوا المشركين من جزيرة العرب » . أخرجه البخاري (الفتح ٦/ ٢٧١ - ط السلفية) ، ومسلم (٣/ ١٢٥٨ - ط الحلبي) من حديث عبد الله بن عباس

(٤) نهاية المحتاج ٨/ ٩٠ ، وأسنى المطالب ٤/ ٢١٤ ، وروضة الطالبين ١٠/ ٣٠٩ ، وكشاف القناع ٣/ ١٣٦

دار البغي

التعريف :

١ - الدار اسم جامع للعرصة والبناء والمحلة، وكل موضع حلّ به قوم فهو دارهم.

والبغي لغة : مصدر بغى يبغي بغيا إذا ظلم وتعدى، ويقال : بغيت الشيء إذا طلبته.

وأصل البغي الظلم ومجاوزة الحد، وبغى الجرح تجاوز الحد في فساده. وبغت المرأة بغيا، وساعت مباغاة، وتبغي بغاء فهي بغيّ، إذا فجرت. وذلك لتجاوزها إلى ما ليس لها. وبغت السماء تجاوزت في المطر الحد المحتاج إليه. وبغى تكبر واستطال وعدل عن الحق وقصد الفساد.[1]

والفئة الباغية هي الطائفة الخارجة عن طاعة الإمام العادل، ومنه قول الرسول ﷺ لعمار بن ياسر رضي الله عنه : «ويح عمار تقتله الفئة الباغية»[1]

وهذا هو معناه الشرعي. فالباغي هو المخالف لإمام العدل الخارج عن طاعته بامتناعه من أداء واجب عليه كزكاة وخراج أرض وغيرهما.[2]

٢ - ودار البغي في الاصطلاح : جزء من دار الإسلام تفرد به جماعة من المسلمين خرجوا على طاعة الإمام الحق بحجة تأول وهما مبررة لخروجهم، وامتنعوا وتحصنوا بتلك الأرض التي أصبحت في حوزتهم، وأقاموا عليهم حاكما منهم، وصار لهم جيش ومنعة.[3]

أحكام دار البغي :

٣ - إذا استولى البغاة على بلد في دار الإسلام، ونصبوا لهم إماما، وأحدث إمامهم تصرفات باعتباره حاكما كالجباية، من جمع الزكاة، والعشور، والجزية، والخراج، واستيفاء الحدود، والتعزير، وإقامة القضاة، ففي نفاذ هذه

---

(١) لسان العرب والمصباح المنير مادة: «دور»، ولسان العرب مادة: «بغى»، ومغني المحتاج ٤/ ١٢٣، وحاشية ابن عابدين ٣/ ٣٠٨

(١) حديث: «ويح عمار تقتله الفئة الباغية» أخرجه البخاري (الفتح ٦/ ٥٤٣ - ط السلفية) من حديث أبي سعيد الخدري.

(٢) لسان العرب مادة: «بغى»، حاشية ابن عابدين ٣/ ٣٠٨، جواهر الإكليل ٢/ ٢٧٧، مغني المحتاج ٤/ ١٢٣، روضة الطالبين ١٠/ ٥٠

(٣) فتح القدير ٤/ ٤٠٨، وما بعدها، البدائع ٧/ ١٤٠، والدر المختار والحاشية ٣/ ٣٢٨، والمغني ٨/ ١٠٧

التصـرفات وترتـب آثـارهـا عليهـا في حق أهل العدل تفصيل وخلاف، ينظر في مصطلح : (بغاة). [1]

(1) بدائع الصنائع ٧/ ١٤٠ - ١٤١، حاشية ابن عابدين ٣/ ٣٠٨، وجواهر الإكليل ٢/ ٢٧٧، روضة الطالبين ١٠/ ٥٠، مغني المحتاج ٤/ ١٢٣

دار الحرب

التعريف :

١ - دار الحـرب : هي كل بقعة تكـون أحكـام الكفر فيها ظاهرة. [1]

الأحكام المتعلقة بدار الحرب :

الهجرة :

٢ - قسم الفقهـاء النـاس في شأن الهجرة من دار الحرب إلى ثلاثة أضرب :

أ - من تجب عليه الهجرة، وهو من يقدر عليها، ولا يمكنه إظهار دينه مع المقام في دار الحرب، وإن كانت أنثى لا تجد محرما، إن كانت تأمن على نفسها في الطريق، أو كان خوف الطريق أقل من خوف المقام في دار الحرب. [2] لقوله تعـالى : ﴿إن الـذين توفاهم المـلائكة ظالمي

(1) بدائع الصنائع ٧/ ١٣٠ - ١٣١، كشاف القناع ٣/ ٤٣، الإنصاف ٤/ ١٢١، المحرر ٢/ ٣١

(2) نهاية المحتاج ٨/ ٨٢، كشاف القناع ٣/ ٤٣، أسنى المطالب ٤/ ٢٠٤، المغني ٨/ ٤٥٦، عمدة القاري ٦/ ٣٥، الإنصاف ٤/ ١٢١، فتح العلي المالك ١/ ٣٧٤ مطبعة مصطفى محمد.

أنفسهم قالوا فيم كنتم قالوا كنا مستضعفين في الأرض قالوا ألم تكن أرض الله واسعة فتهاجروا فيها فأولئك مأواهم جهنم وساءت مصيرا﴾.(١)

وفي الآية وعيد شديد، والوعيد الشديد لا يكون إلا في ارتكاب المحرم وترك الواجب. وحديث: «أنا بريء من كل مسلم يقيم بين أظهر المشركين لا تتراءى ناراهما»(٢) وحديث: «لا تنقطع الهجرة ما دام العدو يقاتل»(٣) أما حديث: «لا هجرة بعد الفتح»(٤) فمعناه لا هجرة من مكة بعد فتحها، لصيرورة مكة دار إسلام إلى يوم القيامة إن شاء الله.

ب - من لا هجرة عليه: وهو من يعجز عنها، إما لمرض، أو إكراه على الإقامة في دار الكفر، أو ضعف كالنساء، والولدان. لقوله تعالى: ﴿إلا المستضعفين من الرجال والنساء والولدان لا يستطيعون حيلة ولا يهتدون سبيلا﴾.(١)

ج - من تستحب له الهجرة، ولا تجب عليه، وهو: من يقدر على الهجرة ويتمكن من إظهار دينه في دار الحرب، فهذا يستحب له الهجرة ليتمكن من الجهاد، وتكثير المسلمين.(٢)

د - وزاد الشافعية قسما رابعا: وهو من يقدر على إظهار دينه في دار الحرب، ويقدر على الاعتزال في مكان خاص، والامتناع من الكفار، فهذا تحرم عليه الهجرة، لأن مكان اعتزاله صار دار إسلام بامتناعه، فيعود بهجرته إلى حوزة الكفار، وهو أمر لا يجوز، لأن كل محل قدر أهله على الامتناع من الكفار صار دار إسلام.(٣)

وقال الحنفية: لا تجب الهجرة من دار الحرب لخبر: «لا هجرة بعد الفتح ولكن جهاد ونية».(٤)

أما حديث: «ادعهم إلى التحول من دارهم إلى دار المهاجرين»(٥) فمنسوخ بحديث: «لا هجرة بعد الفتح».

التزوج في دار الحرب:

٣ - اتفق الفقهاء على كراهة التزوج في دار

(١) سورة النساء / ٩٧

(٢) حديث: «أنا بريء من كل مسلم يقيم بين أظهر المشركين لا تتراءى ناراهما» أخرجه الترمذي (٤/ ١٥٥ - ط الحلبي) من حديث جرير بن عبد الله، وإسناده صحيح

(٣) حديث: «لا تنقطع الهجرة ما دام العدو يقاتل» أخرجه أحمد (١/ ١٩٢ - ط الميمنية) من حديث عبد الله بن السعدي، وقال الهيثمي في المجمع (٥/ ٢٥١ - ط القدسي): ورجاله ثقات.

(٤) حديث: «لا هجرة بعد الفتح، ولكن جهاد ونية» أخرجه البخاري (الفتح ٦/ ٣ - ط السلفية)، ومسلم (٣/ ١٤٨٧ - ط الحلبي) من حديث عبد الله بن عباس

(١) سورة النساء / ٩٨

(٢) المصادر الفقهية السابقة

(٣) روضة الطالبين ١٠/ ٢٨٢، نهاية المحتاج ٨/ ٨٢

(٤) المبسوط ١٠/ ٦، والحديث تقدم تخريجه.

(٥) حديث: «ادعهم إلى التحول من دارهم...» أخرجه مسلم (٣/ ١٣٥٧ - ط الحلبي) من حديث بريدة بن الحصيب

الحرب لمن دخل فيها من المسلمين بأمان، لتجارة، أو لغيرها، ولو بمسلمة، وتشتد الكراهة إذا كانت من أهل الحرب.

وعند الحنفية الكراهة تحريمية في الحربية لافتتاح باب الفتنة، وتنزيهية في غيرها، لأن فيه تعريضا للذرية لفساد عظيم، إذ أن الولد إذا نشأ في دارهم لا يؤمن أن ينشأ على دينهم، وإذا كانت الزوجة منهم فقد تغلب على ولدها فيتبعها على دينها.[1]

وقال الحنابلة: إذا كان المسلم أسيرا في دار الحرب، فلا يحل له التزوج مادام أسيرا، لأنه إذا ولد له ولد كان لهم رقيقا.[2]

الربا في دار الحرب:

٤ - ذهب جمهور الفقهاء: إلى أن الربا حرام في دار الحرب كحرمته في دار الإسلام، فما كان حراما في دار الإسلام، كان حراما في دار الحرب، سواء بين المسلمين وبين أهل الحرب، أو بين مسلمين لم يهاجرا من دار الحرب، وبهذا قال الشافعي، ومالك، وأبو يوسف من الحنفية، وقالوا: إن النصوص في تحريم الربا عامة، ولم تفرق بين دار ودار، ولا بين مسلم

(١) المغني ٨/٤٠٠، أسنى المطالب ٣/١٦٦، الخرشي ٣/٢٢٦، المبسوط ج ١٠/٩٦، ورد المحتار ٦/٢٨٩

(٢) المغني ٨/٤٥٥

وغيره.[1] (راجع مصطلح: ربا).

وقال أبو حنيفة ومحمد: لا يحرم الربا في دار الحرب بين المسلم وأهل الحرب، ولا بين مسلمين لم يهاجرا من دار الحرب.[2] لحديث: «لا ربا بين المسلم والحربي في دار الحرب»[3] ولأن مالهم مباح في دارهم، فبأي طريق أخذه المسلم أخذ مالا مباحا إذا لم يكن فيه غدر، ولأن مال أهل الحرب مباح بغير عقد، فبالعقد الفاسد أولى.

ولأن أبا بكر رضي الله عنه خاطر قريشا قبل الهجرة حين أنزل الله تعالى: ﴿الم غلبت الروم في أدنى الأرض وهم من بعد غلبهم سيغلبون﴾[4] وقالت قريش: أترون أن الروم تغلب؟ قال: نعم. فقالوا: هل لك أن تخاطرنا في ذلك؟ فأخبر النبي ﷺ، فقال عليه الصلاة والسلام: «اذهب إليهم فزد في الخطر وزد في الأجل» ففعل، وغلبت الروم فارسا فأخذ

(١) المجموع شرح المهذب ٩/٣٩١، المغني ٤/٤٥، ٨/٤٥٨، المدونة ٤/٢٧١

(٢) شرح فتح القدير ٦/١٧٧

(٣) حديث: «لا ربا بين المسلم والحربي في دار الحرب». قال الزيلعي في نصب الراية (٤/٤٤ - ط المجلس العلمي): غريب، يعني أنه لا أصل له. ثم ذكر أن الشافعي قال عن رواية مرفوعة ذكرها مكحول مرسلا: «لا ربا بين أهل الحرب» قال الشافعي: هذا ليس بثابت، ولا حجة فيه.

(٤) سورة الروم/١

أبو بكر خطره، فأقره النبي ﷺ وهو انقهار بعينه.[١]

وكانت مكة في ذلك الوقت دار حرب، فدل ذلك على أن للمسلم أخذ مال الحربي في دار الحرب ما لم يكن غدرا.[٢]

إقامة الحد على المسلم في دار الحرب:

٥ - اختلف الفقهاء في إقامة الحد على من زنى من المسلمين أو سرق، أو قذف مسلما، أو شرب خمرا في دار الحرب.

فقال المالكية والشافعية: يجب على الإمام إقامة الحد عليه، لأن إقامة الحدود فرض كالصلاة، والصوم، والزكاة، ولا تسقط دار الحرب عنه شيئا من ذلك.

وإذا قتل مسلم مسلما في دار الحرب يستوفى منه القصاص، ويكون الحكم كما لو كانوا في دار الإسلام.[٣]

وذهب الحنفية إلى أنه لا يقام عليه الحد، ولو بعد رجوعه إلى دار الإسلام لقول النبي ﷺ:

(١) حديث أبي بكر في نزول سورة الروم
أورده الزمخشري في الكشاف (٣/ ٤٦٦ - ٤٦٧ - ط دار الكتاب العربي) وقال ابن حجر في تخريجه: «قصة أبي بكر في المراهنة رواها الترمذي وغيره من حديث نيار بن مكرم الأسلمي وسياقها مخالف لسياق هذه القصة».

(٢) حاشية الطحطاوي ٢/ ١١٢، بدائع الصنائع ٥/ ١٩٢

(٣) الخرشي ٣/ ١١١، والأم ١/ ٢٤٨

«لا تقام الحدود في دار الحرب»[١] وقوله: «من زنى أو سرق في دار الحرب وأصاب بها حدا ثم هرب فخرج إلينا فإنه لا يقام عليه الحد والله أعلم به»[٢] ولأن الإمام لا يقدر على إقامة الحدود في دار الحرب لعدم الولاية، ولا يقام عليه بعد الرجوع إلى دار الإسلام، لأن الفعل لم يقع موجبا أصلا، وكذلك إذا قتل مسلما فيها لا يؤخذ بالقصاص وإن كان القتل عمدا لتعذر الاستيفاء، ولأن كونه في دار الحرب أورث شبهة في الوجوب، والقصاص لا يجب مع الشبهة، ويضمن الدية وتكون في ماله لا على العاقلة، لأن الدية تجب على القاتل ابتداء، ثم العاقلة تتحمل عنه لما بينهم من التناصر، ولا تناصر عند اختلاف الدار.[٣]

وقال الحنابلة أيضا: تجب الحدود والقصاص، ولكنها لا تقام في دار الحرب، وتقام عليه بعد رجوعه من دار الحرب. واستدلوا بما رواه سعيد في سننه، أن عمر رضي الله عنه

(١) حديث: «لا تقام الحدود في دار الحرب» قال الزيلعي في نصب الراية (٣/ ٣٤٣ - ط المجلس العلمي): «غريب» يعني أنه لا أصل له، ثم ذكر أنه ورد من قول زيد بن ثابت: لا تقام الحدود في دار الحرب مخافة أن يلحق أهلها بالعدو.

(٢) حديث: «من زنى أو سرق في دار الحرب...» لم نهتد إليه في المصادر الحديثية التي بين أيدينا

(٣) بدائع الصنائع ٧/ ١٣١، وابن عابدين ٣/ ١٥٦، وفتح القدير ٤/ ١٥٣، ونصب الراية ٣/ ٣٤٣

كتب إلى الناس لا يجلدن أمير جيش ولا سرية رجلاً من المسلمين حداً وهو غاز حتى يقطع الدرب قافلاً لئلا يلحقه حمية الشيطان، فيلحق بالكفار.[1]

حد من أصاب حداً من أفراد الجيش:

٦ - قال الحنفية: إذا أصاب أحد أفراد الجيش حداً، أو قتل مسلماً خطأ أو عمداً في دار الحرب خارج المعسكر لا يقام عليه الحد أو القصاص.

أما إذا زنى أحدهم في معسكر الجيش فلا يأخذه أمير الجيش بشيء من ذلك إذا كان الإمام لم يفوض إليه إقامة الحدود والقصاص، إلا أنه يضمنه المسروق والدية في القتل، لأنه يقدر على استيفاء ضمان المال.

أما إذا غزا من له ولاية إقامة الحدود، سواء غزا الخليفة بنفسه، أو أمير مصر من الأمصار، ففعل رجل من الجيش ذلك في معسكره أقام عليه الحد، واقتص منه في العمد، وضمنه الدية في الخطأ في ماله، لأن إقامة الحدود إلى الإمام، وبما له من الشوكة، وانقياد الجيوش له يكون لمعسكره حكم دار الإسلام.[2]

وقال المالكية والشافعية: إذا أصاب الرجل حداً وهو محاصر للعدو أقيم عليه الحد. وقالوا: ولا يمنعنا الخوف عليه من اللحوق بالمشركين أن نقيم حدود الله، ولو فعلنا ذلك توقياً من أن يغضب ما أقمنا الحد أبداً، لأنه يمكنه من أي موضع أن يلحق بدار الحرب فيعطل حكم الله، ثم إن الرسول ﷺ قد أقام الحدود بالمدينة والشرك قريب منها، وفيها مشركون موادعون، وضرب الشارب بحنين، والشرك قريب منها.[1]

حصول الفرقة باختلاف الدار بين الزوجين:

٧ - اختلف الفقهاء في انقطاع عصمة الزوجية باختلاف الدارين.

فقال الجمهور: لا تقع الفرقة باختلاف الدار، فإن أسلم زوج كتابية، وهاجر إلى دار الإسلام، وبقيت في دار الحرب فهما على نكاحهما، لأن نكاح الكتابية يجوز ابتداؤه فالاستمرار أولى، سواء كان قبل الدخول أو بعده. وإن أسلمت كتابية تحت كتابي، أو غيره، أو أسلم أحد الزوجين غير الكتابيين، قبل الدخول حصلت الفرقة، لقوله تعالى: ﴿لا هن حل لهم ولا هم يحلون لهن﴾[2] وإن أسلم أحدهما بعد الدخول، وقف الأمر على انتهاء العدة، فإن أسلم الآخر في العدة بقي نكاحهما، وإلا تبينا فسخه منذ أسلم الأول،

---

(1) المغني ٨/ ٤٧٣ - ٤٧٤.

(2) بدائع الصنائع ٧/ ١٣١ - ١٣٢، وابن عابدين ٣/ ١٥٦، وفتح القدير ٤/ ١٥٣.

(1) الأم للشافعي ٧/ ٤٤٨، القرطبي ٣/ ٢٦٧.

(2) سورة الممتحنة / ١٠.

لأن سبب الفرقة اختلاف الدين لا اختلاف الدار.[١] واستدلوا بما رواه ابن شبرمة قال: كان الناس على عهد رسول الله ﷺ يسلم الرجل قبل المرأة، والمرأة قبله، فأيهما أسلم قبل انقضاء العدة فهي امرأته، وإن أسلم بعد العدة فلا نكاح بينهما، ولم يذكر في الأثر دار حرب، ولا دار إسلام، فسبب الفرقة إذا اختلاف الدين. فكون أحد الزوجين في دار الحرب لا يوجب فرقة.[٢]

وذهب الحنفية إلى أن الفرقة تحصل باختلاف الدارين، فإن خرج أحد الزوجين إلى دار الإسلام مسلما أو ذميا، وترك الآخر في دار الحرب وقعت الفرقة بينهما، لأنه باختلاف الدارين يخرج الملك من أن يكون منتفعا به، لعدم التمكن من الانتفاع عادة، فلم يكن في بقائه فائدة.[٣]

وانظر مصطلح: (اختلاف الدار).

قسمة الغنيمة في دار الحرب:

٨ - اختلف الفقهاء في صحة قسم الغنيمة في دار الحرب.

ذهب المالكية، والشافعية، والحنابلة إلى أنه يجوز قسمتها في دار الحرب، وتبايعها فيها، واستدلوا بما روى أبو إسحاق الفزاري قال: قلت للأوزاعي: هل قسم رسول الله ﷺ شيئا من الغنائم بالمدينة؟ فقال: لا أعلمه، إنما كان الناس يتبعون غنائمهم، ويقسمونها في أرض عدوهم، ولم يُقْفِل رسول الله ﷺ عن غزاة قط أصاب فيها غنيمة إلا خمسها وقسمها من قبل أن يقفل، من ذلك غزاة بني المصطلق، وهوازن، وخيبر، ولأن الملك يثبت فيها بالقهر والاستيلاء فصحت قسمته. ولأن قسمة أموالهم في دارهم أنكى لهم، وأطيب لقلوب المجاهدين، وأحفظ للغنيمة، وأرفق بهم في التصرف.[١]

وقال الحنفية: القسمة نوعان:

١ - قسمة حمل ونقل.

٢ - وقسمة ملك.

أما قسمة الحمل، فهي إن عزت الدواب، ولم يجد الإمام حمولة يفرق الغنائم على الغزاة فيحمل كل رجل على قدر نصيبه إلى دار الإسلام، ثم يستردها منهم، فيقسمها قسمة ملك.

أما قسمة الملك فلا تجوز في دار الحرب حتى

---

(١) كشاف القناع ٥/ ١١٨ - ١١٩، القوانين الفقهية ص٢٠١، أسنى المطالب ٣/ ١٦٣، شرح الزرقاني ٣/ ٢٦٥.

(٢) المصادر السابقة.

(٣) بدائع الصنائع ٢/ ٣٣٨ - ٣٣٩، رد المحتار ١/ ٤٣٢.

(١) المغني ٨/ ٤٢٢، كشاف القناع ٣/ ٨٢، الإنصاف ٤/ ١٦٢، الخرشي ٣/ ١٣٦، نهاية المحتاج ٨/ ٧٦، مغني المحتاج ٤/ ٢٣١.

يخرجوها إلى دار الإسلام، ويحرزوها، وقالوا: إن الحق يثبت بنفس الأخذ، ويتأكد بالإحراز، ويتمكن بالقسمة كحق الشفيع فإنه يثبت بالبيع، ويتأكد بالطلب، ويتم الملك بالأخذ، ومادام الحق ضعيفا لا تجوز القسمة لأنه دون الملك الضعيف في المبيع قبل القبض، ولأن السبب هو القهر، وقبل الإحراز هم قاهرون يدا مقهورون دارا، والثابت من وجه دون وجه يكون ضعيفا.(1)

٩ ـ ويبنى على هذا الخلاف بين الحنفية، والجمهور أحكام:

منها: أنه إذا مات أحد الغانمين في دار الحرب لا يورث من الغنيمة عند الحنفية، وعند الجمهور يورث.

ومنها: إذا لحق الجيش أحد بعد الحيازة في دار الحرب لا يشارك عند الجمهور، وعند الحنفية يشاركهم إذا لحق قبل الحيازة إلى دار الإسلام.

وإذا أتلف أحد الغانمين شيئا من الغنيمة في دار الحرب يضمن عند الجمهور، ولا يضمن عند الحنفية.(2)

استيلاء الكفار على أموال المسلمين، وأثر الدار في ذلك:

١٠ ـ اختلف الفقهاء في تملك أهل الحرب أموال المسلمين بالاستيلاء عليها، فذهب الشافعية إلى أنهم لا يملكونها وإن أحرزوها بدارهم، لأنه مال معصوم طرأت عليه يد عادية، فلم يملك بها كالغصب.

وإذا كان المسلم لا يملك مال المسلم بالاستيلاء عليه بغصب، فالمشرك أولى ألا يملك.(1)

وخبر عمران بن حصين في الأنصارية التي أسرت، ثم امتطت ناقة رسول الله ﷺ، وأعجزت من طلبها، فنذرت الأنصارية إن نجاها الله عليها لتنحرنها، فلما قدمت المدينة رآها الناس، فقالوا: العضباء، ناقة رسول الله ﷺ. فقالت: إنها نذرت إن نجاها الله عليها لتنحرنها، فأتوا رسول الله ﷺ فذكروا ذلك له، فقال: «سبحان الله! بئسما جزتها، نذرت لله إن نجاها الله عليها لتنحرنها، لا وفاء لنذر في معصية، ولا فيما لا يملك العبد».(2)

ولو كان المشركون يملكون على المسلمين

---

(1) بدائع الصنائع ٧/ ١١٦، المبسوط م ٥ ج ١٠/ ٣٢
(2) نهاية المحتاج ٨/ ٧٤، بدائع الصنائع ٧/ ١٢١، والمغني ٨/ ٤١٩ ـ ٤٢٠، مغني المحتاج ٤/ ٢٣٣ ـ ٢٣٤

(1) الأم للشافعي ٤/ ٢٥٥
(2) حديث عمران بن حصين: «في الأنصارية التي أسرت ...» أخرجه مسلم (٣/ ١٢٦٣ ـ ط الحلبي)

أسوالهم للملك الانعصارية السابقة . لأنها تكون أخذت مالاً غير معصوم في دار حرب وأحرزوه بدارهم ، ولكن الرسول ﷺ أخبر أنها نذرت فيما لا تملك وأخذ ناقته ، وبه قال أبو الخطاب من الحنابلة ، قال : وهو ظاهر كلام أحمد [1]

وقال الحنفية ، والقاضي أبو يعلى من الحنابلة : إن أهل دار الحرب إذا دخلوا دار الإسلام واستولوا على أموال المسلمين ولم يحرزوها بدارهم لا يملكونها ، أما إذا أحرزوها بدارهم فإنهم يملكونها ، وقالوا : لأن ملك المسلم يزول بالإحراز بدار الحرب ، فتزول العصمة ، فكأنهم استولوا على مال مباح غير مملوك ، لأن الملك هو : الاختصاص بالمحل في حق التصرف ، أو شرع للتمكن من التصرف في المحل ، وقد زال بالإحراز بالدار ، فإذا زال معنى الملك أو ما شرع له الملك ، يزول الملك ضرورة . [2]

وقال المالكية والحنابلة في قول : يملكونها بالاستيلاء في دار الإسلام . وقالوا : لأن القهر سبب يملك به المسلم مال الكافر ، فملك به الكافر مال المسلم كالبيع ، ولأن الاستيلاء سبب الملك فيثبت قبل الحيازة إلى الدار ، كاستيلاء المسلمين على مال الكفار ، ولأن ما كان سببا للملك أثبت الملك حيث وجد ، كالهبة والبيع . [1]

وينبني على هذا الخلاف ، اختلافهم في حكم ما استولى عليه أهل دار الحرب من أموال المسلمين ثم استرده المسلمون ، فمن رأى أنهم يملكون أموال المسلمين : يرى أنه إذا وجده مالكه المسلم أو الذمي قبل القسمة أخذه بدون رد قيمته ، أما إذا وجده بعد القسمة فإنه يأخذه بقيمته . ومن ذهب إلى أنهم لا يملكونه : يرى أن المسلم إذا وجد ماله في الغنيمة أخذه قبل القسمة وبعد القسمة بلا رد شيء . [2]

قضاء القاضي المسلم في منازعات حدثت أسبابها في دار الحرب :

١١ ـ إذا دخل مسلم دار الحرب بأمان ، وأخذ مالاً من حربي في دار الحرب مضاربة ، أو وديعة ، أو بشراء أو بيع في الذمة أو قرض ، فالثمن في ذمته ، عليه أداؤه إليه بمقتضى العقد ، وإذا خرج الحربي إلى دار الإسلام مستأمنا قضى القاضي على المسلم بماله كما يقضي به للمسلم والذمي في دار الإسلام ، لأن الحكم جار على المسلم حيث كان ، لا تزيل

---

(١) المصدر السابق ، المغني ٨/ ٤٣٤

(٢) بدائع الصنائع ٧/ ٢٢٧ ـ ٢٢٨ ، المبسوط ١٠ / ٥٢

---

(١) المغني ٨/ ٤٣١ ، الإنصاف ٤/ ١٦٢ ، المدونة ٢/ ١٢ ، الدسوقي ٢/ ١٣٨

(٢) المصادر السابقة ، الأم للشافعي ٤/ ٢٨٣

الحق عنه بأن يكون في موضع من المواضع. كما لا تزول الصلاة عنه بأن يكون في دار الحرب، وكذلك إن اقترض حربي من حربي أو مسلم مالا ثم دخل إلينا فأسلم، فعليه البدل ويقضى عليه لالتزامه بعقد.[1]

أما إن أتلف عليه ماله أو غصبه منه في دار الحرب، فقدما إلينا بإسلام، أو أمان، فلا ضمان عليه في الأصح عند الشافعية، وهو مقتضى مذهب الحنابلة، لأنه لم يلتزم شيئا. والإتلاف ليس عقدا يستدام، ولأن مال الحربي لا يزيد على مال المسلم، وهو لا يوجب الضمان على الحربي، ومقابل الأصح عند الشافعية أن يضمن.[2]

وقال الحنفية: ليس للقاضي أن يقضي من حربيين إذا خرجا إلينا مستأمنين، لأن المداينة في دار الحرب وقعت هدرا لانعدام ولايتنا عليهم. أما لو خرجا إلينا مسلمين فإنه يقضي بينهما لثبوت الولاية. أما في الغصب والإتلاف فلا يقضي، وإن خرجا إلينا مسلمين.[3]

عصمة الأنفس والأموال في دار الحرب:

١٣ - الأصل أن أموال أهل الحرب ودماءهم مباحة لا عصمة لهم في شيء من ذلك، وللمسلمين الاستيلاء على أنفسهم وأموالهم بشتى الطرق، لأنهم يستحلون دماءنا وأموالنا، وهذا محل اتفاق بين الفقهاء، ولكن ذكروا حالات تثبت لأنفسهم ولأموالهم العصمة وهم في دار الحرب، منها:

١٣ - أ - إذا دخل المسلم دار الحرب بأمان أو بأسر، وائتمنوه على نفس أو مال لم يحل له خيانتهم في شيء، لأنهم أعطوه الأمان مشروطا بتركه خيانتهم، وأمنه إياهم من نفسه، وإن لم يكن ذلك في اللفظ، فهو معلوم في المعنى، فلم يحل له خيانتهم، لأنه غدر، ولا يصلح الغدر في الإسلام، فإن سرق منهم شيئا أو غصب، وجب رده إلى أربابه، فإن جاء أربابه إلى دار الإسلام بأمان رده إليهم، وإلا بعث به إليهم، لأنه أخذه على وجه محرم فلزمه رده، كما لو أخذ مال مسلم.[1]

وإذا أسلم الحربي في دار الحرب حقن دمه، وأحرز ماله وأولاده الصغار من السبي، فإذا قتله مسلم عمدا اقتص منه عند الشافعي، وإن قتله خطأ فعليه الدية والكفارة عند الشافعي وأبي يوسف لعموم الأدلة في عصمة دم المسلم وماله

---

(١) الأم للشافعي ٤/ ٢٨٨، كشاف القناع ٣/ ١٠٩، مغني المحتاج ٤/ ٢٣٠

(٢) مغني المحتاج ٤/ ٢٣٠، والمغني ٨/ ٤٨٣ ط الرياض

(٣) بدائع الصنائع ٧/ ١٣٢ - ١٣٣

(١) البدائع ٧/ ١٣٢، والخرشي ٣/ ١٢٦، والأم للشافعي ٤/ ٢٤٨ - ٢٤٩، ومغني المحتاج ٤/ ٢٣٩، والمغني لابن قدامة ٨/ ٤٥٨

أينما كان وحيث وجد.(١)

وقال الحنفية: إذا قتله مسلم عمداً في دار الحرب، أو خطأ فلا شيء عليه إلا الكفارة في الخطأ، واستدلوا بقوله تعالى: ﴿فإن كان من قوم عدو لكم وهو مؤمن فتحرير رقبة مؤمنة﴾(٢) ولم يذكر الدية. وينظر مصطلح: (قتل عمد).

أما أولاده الصغار فأحرار مسلمون تبعاً له أما ماله فما كان بيده من منقول فهو له.

وكذلك ما كان بيد مسلم وديعة، أو بيد ذمي فهو له، لأن يد المودع كيد المالك فكان معصوماً.

أما العقار من ماله فإن ظهر المسلمون على دار الحرب فهي غنيمة، لأنها بقعة من دار الحرب فجاز اغتنامها.(٣)

١٤ ـ ب ـ وإذا أسلم الحربي في دار الإسلام، أو خرج إليها، وله أولاد صغار في دار الحرب صاروا مسلمين، ولم يجز سبيهم، وإلى هذا ذهب الشافعية والحنابلة. وقالوا: إنهم أولاد مسلم، فيجب أن يتبعوه في الإسلام كما لو كانوا معه في الدار، ولأن ماله مال مسلم فلا يجوز اغتنامه كما لو كان في دار الإسلام.(١)

وقال الحنفية: إن أسلم في دار الحرب، وهاجر إلينا ثم ظهر المسلمون على الدار، فأمواله فيء، إلا ما كان في يد مسلم أو ذمي وديعة.

وإن أسلم في دار الإسلام ثم ظهر المسلمون على الدار فجميع أمواله وأولاده الصغار فيء، لأن اختلاف الدار يمنع التبعية، وإلى هذا ذهب المالكية أيضاً.(٢)

وقال الحنفية: إذا دخل المسلم دار الحرب فأصاب مالاً، ثم ظهر المسلمون على الدار فحكمه حكم الذي أسلم في دار الحرب ولم يهاجر إلينا.(٣)

التجارة في دار الحرب:

١٥ ـ لا خلاف بين الفقهاء في أنه ليس للتاجر أن يحمل إلى دار الحرب ما يستعين به أهل الحرب على الحرب، كالسلاح بأنواعه، والسروج، والنحاس، والحديد، وكل ما من شأنه تقويتهم في الحرب، لأن في ذلك إمدادهم وإعانتهم على حرب المسلمين، وليس للحربي

---

(١) المغني ٨/ ٤٩٠، ٤٧٨، كشاف القناع ٣/ ٥٨، ومغني المحتاج ٤/ ٢٢٦، الأم للشافعي ٤/ ٢٤٥، الخرشي ٣/ ١٤٢

(٢) سورة النساء: الآية ٩٢

(٣) بدائع الصنائع ٧/ ١٠٥، رد المحتار ٣/ ٢٣٣

(١) المصادر السابقة.

(٢) المدونة ٢/ ١٩، بدائع الصنائع ٧/ ١٠٥ ـ ١٠٦

(٣) بدائع الصنائع ٧/ ١٠٥ ـ ١٠٦

إذا دخـل دار الإسـلام أن يشـتري سلاحـا، وإذا اشتري لا يُمكَّن من إدخاله إلى دار الحرب.(١)

أما الاتجار بغير السلاح ونحوه مما لا يستخدم في الحـرب في دار الحـرب، فلا بأس به، كالثياب، والطعام، ونحو ذلـك لانعدام علة المنع من البيع. إلا أن يحتاج المسلمـون إلى السلعة فلا يحمل إليهم، وجرت العادة على ذلـك من التجـار، وأنهم كانـوا يدخلون دار الحرب للتجارة من غير ظهور المنع ولا إنكار عليهم، ولكن الأفضل أن يتركوا ذلك، لأنهم يستخفون بالمسلمين، ويدعونهم إلى ما هم عليه، فكان الكف والإمساك عن الدخول في دارهم من باب صيـانـة النفس عن الهوان، والدين عن الزوال.(٢)

وقال المالكية: يكره للتاجر في دار الحرب كراهة شديدة، ولا ينبغي للمسلم أن يخرج إلى بلادهم حيث تجري أحكام الكفر عليه.(٣)

أثر اختلاف الدار في أحكام الأسرة والتوارث:

١٦ - لا خلاف بين الفقهـاء في أن المسلم يرث المسلم وإن كان أحدهما في دار الحرب والآخر في دار الإسـلام، واختلفوا في توارث غير المسلمين إذا اختلفوا في الدار.

(ر: اختلاف الدار).

---

(١) المدونة ٤/ ٢٧٠، ابن عابدين ٣/ ٢٢٦، قليوبي ٢/ ١٥٦، الفتاوى الهندية ٢/ ١٩٢، بدائع الصنائع ٧/ ١٠٢، جواهر الإكليل ٢/ ٢

(٢) بدائع الصنائع ٧/ ١٠٢

(٣) المدونة ٤/ ٢٧٠

دار العهد

التعريف :

١ ـ من معاني العهد في اللغة : الأمان ، والذمة ، واليمين ، والحفاظ ، ورعاية الحرمة ، وكل ما بين العباد من المواثيق فهو عهد .[1]

ودار العهد هي : كل بلد صالح الإمام أهلها على أن تكون تلك الأرض لهم ، وللمسلمين الخراج عنها .[2]

وتسمى دار الموادعة ، ودار الصلح ، ودار المعاهدة .

الألفاظ ذات الصلة :

أ ـ دار الحرب :

٢ ـ دار الحرب هي كل بقعة تكون أحكام الكفر فيها ظاهرة .

وقال الشافعية : هي كل مكان يسكنه غير المسلمين ، ولم يسبق فيه حكم إسلامي ، ولم تظهر فيه قط أحكام الإسلام .[1]

ـ فدار العهد أخص من دار الحرب لوجود المواثيق بين المسلمين وبين أهلها ، فلذا اختصت عن دار الحرب بأحكام سيأتي بيانها .

ب ـ دار الإسلام :

٣ ـ دار الإسلام هي كل بلد أو إقليم تظهر فيه أحكام الإسلام .[2]

ج ـ دار البغي :

٤ ـ دار البغي هي المكان الذي تنحاز إليه قوم مسلمون خرجوا عن طاعة الإمام بتأويل ، وغلبوا عليه .

الأحكام المتعلقة بدار العهد :

٥ ـ يجوز أن يعقد الإمام مع أهل الحرب عهداً للمصلحة يترك بموجبه القتال مدة بعوض أو بغير عوض ، فتكون تلك الدار دار عهد . وانظر مصطلح : (هدنة) .

وقسم الفقهاء عقد الصلح مع أهل الحرب إلى قسمين :

---

(١) تاج العروس : مادة عهد .

(٢) بدائع الصنائع ٧ / ١٠٣ ـ ١٠٩ ، الأحكام السلطانية للماوردي ص١٣٨ ، وكشاف القناع ٣ / ٤٣ ـ ٩٩ ، الإنصاف ٤ / ١٢١ ، والمدونة ٣ / ٢٦

---

(١) المبسوط ١٠ / ٨٦ ، والبدائع ٧ / ١٠٨ ، ونهاية المحتاج ٨ / ٨٦ ، أسنى المطالب ص٢٠٤ ، حاشية البجيرمي ٤ / ٢٢٠

(٢) المصادر السابقة

أ ـ قسم يشترط في عقد الصلح أن تكون تلك الأرض لنا، ونقرها بأيديهم بخراج يؤدونه لنا. فهذا الصلح صحيح باتفاق الفقهاء، ويكون الخراج الذي يؤدونه أجرة لا يسقط بإسلامهم، ويؤخذ خراجها إذا انتقلت إلى مسلم، وهم يصيرون أهل عهد والدار دار إسلام ليس لهم أن يتصرفوا فيها بالبيع، أو الرهن، فإن دفعوا الجزية عن رقابهم جاز إقرارهم على التأبيد، وإن منعوا الجزية لم يجبروا عليها، ولم يقروا فيها إلا المدة التي يقر فيها أهل الهدنة.[1]

ب ـ وقسم يشترط في عقد الصلح معهم أن تكون الأرض لهم، فاختلف الفقهاء في جوازه.

فذهب الشافعية والحنابلة إلى أنه عقد صحيح، والخراج الذي يؤدونه في حكم الجزية متى أسلموا يسقط عنهم، ولا تصير الدار دار إسلام، وتكون دار عهد ولهم بيعها، ورهنها، وإذا انتقلت إلى مسلم لم يؤخذ خراجها، ويقرون فيها ما أقاموا على العهد، ولا تؤخذ جزية رقابهم، لأنهم في غير دار الإسلام، ولهم إحداث كنيسة فيها، لأن الأرض لهم وليست دار إسلام يتصرفون فيها كيف شاءوا، ولا يمنعون من إظهار شعائرهم فيها كالخمر، والخنزير، وضرب الناقوس، ولا يمنعون إلا مما يتضرر به المسلمون كإيواء جاسوس، ونقل أخبار المسلمين إلى الأعداء، وسائر ما يتضرر به المسلمون. ويجب على الإمام أن يمنع المسلمين والذميين من التعرض لهم.[1]

وقال الحنفية: إذا عقد العهد مع الكفار على أن تجرى في دارهم أحكام الإسلام صارت دارهم بالصلح دار إسلام، وصاروا أهل ذمة تؤخذ جزية رقابهم، وإذا طلب قوم من أهل الحرب الموادعة مع المسلمين سنين معلومة على أن يؤدوا الخراج للمسلمين على أن لا تجري أحكام الإسلام عليهم في دارهم لم يقبل منهم، إلا أن تكون في ذلك مصلحة للمسلمين، فإذا رأى الإمام مصلحة في عقد العهد معهم بهذا الشرط جاز بشرط الضرورة، وهي ضرورة الاستعداد للقتال بأن كان بالمسلمين ضعف وبالكفرة قوة المجاوزة إلى قوم آخرين، فلا تجوز عند عدم الضرورة، لأن الموادعة ترك القتال المفروض، فلا يجوز إلا في حال يقع وسيلة إلى القتال، لأنها حينئذ تكون قتالاً معنى، قال الله تبارك وتعالى: ﴿ فلا تهنوا وتدعوا إلى السلم وأنتم الأعلون والله معكم﴾[2] وعند تحقق الضرورة لا بأس به، لقول الله تبارك وتعالى: ﴿وإن جنحوا

(١) الأحكام السلطانية للماوردي ص١٢٨، الأم للشافعي ٤/١٨٧، المغني ٨/٥٢٦، كشاف القناع ٣/٩٥، الخرشي ج٢ ج٣/١٤٧.

(١) المصادر السابقة، ومغني المحتاج ٤/٢٥٤.

(٢) سورة محمد/ ٣٥.

للسَّلْم فاجنح لها وتوكل على الله﴾[1] وقد روي أن رسول الله ﷺ وادع أهل مكة عام الحديبية على أن توضع الحرب عشر سنين.[2] ولا يشترط إذن الإمام بالموادعة، حتى لو وادعهم فريق من المسلمين من غير إذن الإمام جازت موادعتهم، لأن المعول عليه كون عقد الموادعة مصلحة للمسلمين.[3]

ولكنهم لا يخرجون بهذه الموادعة من أن يكونوا أهل حرب، فإذا صالحهم، فإن كان قد أحاط مع الجيش ببلادهم فما يأخذه منهم على الصلح يكون غنيمة يخمسها، ويقسم الباقي على الجيش، لأنه توصل إليه بقوة السيف، فإن لم ينزل بساحتهم، وأرسلوا إليه وطلبوا منه الموادعة بالمال، فما يأخذه منهم يكون بمنزلة الجزية، لا خمس فيه، بل يصرف في مصارف الجزية.

الأمان لأهل دار العهد:

٦ - يمتنع الإمام المسلمون والذميون من إيذاء أهل دار العهد والتعرض لهم، لأنهم استفادوا الأمان في أنفسهم، وأموالهم بالموادعة. أما إن أغار عليهم قوم من أهل الحرب، فلا يجب على المسلمين الدفاع عنهم، لأنهم بهذا العهد والموادعة ما خرجوا من أن يكونوا أهل حرب، لأنهم لم ينقادوا لحكم الإسلام، فلا يجب على المسلمين نصرتهم.[4] وهذا العهد أو الموادعة: عقد غير لازم محتمل للنقض، فللإمام أن ينبذ إليهم، لقوله تعالى: ﴿وإما تخافن من قوم خيانة فانبذ إليهم على سواء﴾[2] أما إذا وقع على أن تجري في دارهم أحكام الإسلام فهو عقد لازم، لا يحتمل النقض منا، لأن العهد الواقع على هذا الوجه عقد ذمة. والدار دار إسلام يجري فيها حكم الإسلام.[3] فإن نقضوا الصلح بعد استقراره معهم فقد اختلف فيه.

فذهب الشافعي وأبو يوسف ومحمد إلى أن دارهم تصير دار حرب، وقال أبو حنيفة: إن كان في دارهم مسلم أو كان بينهم وبين دار الحرب بلد للمسلمين، فتبقى دارهم دار إسلام يجري على أهلها حكم البغاة، وإن لم يكن بينهم مسلم ولا بين دار الحرب بلد للمسلمين، فتكون دار حرب.[4]

---

(١) سورة الأنفال/ ٦١

(٢) حديث: «وادع رسول الله ﷺ أهل مكة عام الحديبية». أخرجه أبو داود (٣/ ٢١٠ ـ تحقيق عزت عبيد دعاس) ورجاله ثقات.

(٣) بدائع الصنائع ٧/ ١٠٨

---

(١) المبسوط ١٠/ ٨٦، البدائع ٧/ ١٠٨، والفتاوى الهندية ٢/ ١٩٦، ١٩٧

(٢) سورة الأنفال/ ٥٨

(٣) المصادر السابقة.

(٤) الماوردي ص١٣٣، وأبو يعلى ص١٤١، والدسوقي ٢/ ١٠٦

وإذا نقضوا العهد وكان أحد منهم بدارنا
بُلِّغ مأمنه، أي ما يأمنون فيه منا ومن أهل
العهد، ثم كانوا حربا لنا.[١]

دالية

التعريف :

١ - من معاني الدالية في اللغة: الدلو ونحوها، وخشب يصنع كهيئة الصليب، ويشد برأس الدلو، ثم يؤخذ حبل يربط طرفه بذلك، وطرفه بجذع قائم على رأس البئر ويسقى بها، فهي فاعلة بمعنى مفعولة، والجمع: الدوالي.[١]

ويستعمل الفقهاء هذا اللفظ بالمعنى نفسه.[٢]

الألفاظ ذات الصلة :

الساقية :

٢ - الساقية: الدلو الكبيرة تنصب على السنوية، ثم تجره الماشية ذاهبة وراجعة، والسانية أيضا الناضحة، وهي الناقة التي يستقى عليها.[٣]

(١) الشرقاوي على التحرير ٢/ ٤٤

(١) المصباح المنير مادة «دلو».
(٢) العناية بهامش تكملة فتح القدير ٨/ ٤٤٩ ط الأميرية، وكشاف القناع ٢/ ٢٠٩
(٣) لسان العرب والمصباح المنير مادة «سنا»، والمعجم الوسيط، وكشاف القناع ٢/ ٢٠٩

الناعورة :

٣ ـ الناعورة واحدة النواعير التي يستقى بها يديرها الماء ولها صوت .[1] فالدالية ، والسانية ، والناعورة وسائل رفع الماء إلى الأرض .[2]

الحكم الإجمالي :

٤ ـ زكاة ما سقي بالدالية :

كل ما سقي بكلفة ومؤنة من دالية ، أو سانية ، أو دولاب ، أو ناعورة ، أو غير ذلك ففيه نصف العشر . لحديث معاذ رضي الله عنه قال : «بعثني رسول الله ﷺ إلى اليمن ، وأمرني أن آخذ مما سقت السماء وما سقي بعلا[3] العشر ، وما سقي بالدوالي نصف العشر .[4] ولأن للكلفة تأثيرا في إسقاط الزكاة جملة بدليل المعلوفة ، فلأن يؤثر في تخفيفها أولى ، ولأن الزكاة إنما تجب في المال النامي ، وللكلفة تأثير في تقليل النماء ، فأثرت في تقليل الواجب فيها .[5]

وللتفصيل في زكاة ما سقي سيحا[1] وبدالية ونحوها . ينظر مصطلح : (زكاة) .

نصب الدالية على الأنهار :

٥ ـ يجوز لكل واحد من المسلمين نصب الدالية على الأنهار العامة ، كالنيل ، ودجلة ، والفرات ، ونحوها . إذا لم يضر بالنهر ، لأن هذه الأنهار لم تدخل تحت يد أحد فلا يثبت الاختصاص بها لأحد ، فكان الناس كلهم فيها على السواء ، وكان لكل واحد الحق في الانتفاع ، لكن بشرط عدم الضرر بالنهر ، كالانتفاع بطريق العامة ، وإن أضر بالنهر فلكل واحد من المسلمين منعه ، لأنه حق لعامة المسلمين ، وإباحة التصرف في حقهم مشروطة بانتفاء الضرر ، كالتصرف في الطريق الأعظم .[2] أما النهر المشترك إذا أراد أحد الشركاء نصب دالية عليه فينظر فيه ، فإن كان لا يضر بالشرب والنهر ، وكان موضع البناء أرض صاحبه جاز ، وإلا فلا ، لأن رقبة النهر وموضع البناء ملك بين الجماعة على الشركة ، وحق الكل متعلق بالماء ، ولا سبيل إلى التصرف في

---

(١) لسان العرب والمصباح المنير مادة : «نعر» ، وكشاف القناع ٢/ ٢٠٩

(٢) المغني ٢/ ٦٩٩ ، وكشاف القناع ٢/ ٢٠٩

(٣) البعل : الزرع الذي يشرب بعروقه فيستغني عن السقي (المعجم الوسيط والمصباح)

(٤) حديث معاذ : «بعثني رسول الله ﷺ إلى اليمن ، وأمرني أن آخذ مما سقت السماء» أخرجه ابن ماجه (١/ ٥٨١ ـ ط الحلبي) وإسناده حسن .

(٥) المغني لابن قدامة ٢/ ٦٩٩ ط الرياض ، ومطالب أولي النهى ٢/ ٦٦ ، والاختيار لتعليل المختار ١/ ١١٣ ، نشر دار المعرفة ، وأسنى المطالب ١/ ٣٧٦ ، وحاشية العدوي على شرح الرسالة ١/ ٤١٨ ، نشر دار المعرفة .

(١) السيح : الماء الظاهر الجاري على وجه الأرض أي من غير آلة ولا كلفة (المعجم الوسيط) .

(٢) بدائع الصنائع ٦/ ١٩٢ ط الجمالية . ومجلة الأحكام العدلية المادة (١٢٣٨) ، والمغني لابن قدامة ٥/ ٥٨٣ ، وروضة الطالبين ٥/ ٣٠٤ ـ ٣٠٦

الملك المشترك والحق المشترك إلا برضا الشركاء.[1]

وتفصيل ذلك ينظر في: (مياه، نهر).

(1) بدائع الصنائع ٦/ ١٩٠، وابن عابدين ٥/ ٢٨٥

دامعة

التعريف:

١ - الدامعة في اللغة: من دمعت العين دمعا، أي سال دمعها، والدمع: ماء العين. وشجة دامعة: تسيل دما، فالدامعة من الشجاج هي التي يسيل منها الدم كدمع العين.[1]

ويختلف الفقهاء في معنى الدامعة:

فالشافعية، والحنابلة، والطحاوي، وقاضي زاده من الحنفية يسايرون المعنى اللغوي، والحنابلة يسمونها البازلة والدامية أيضا.

وهي عند الحنفية على ما جاء في أكثر كتبهم، كالبدائع والكافي وابن عابدين وعامة الشروح: هي التي تظهر الدم ولا تسيله كالدمع في العين.

وعند المالكية الدامعة والدامية شيء واحد، وهي التي تضعف الجلد فيرشح منه دم، كالدمع من غير أن ينشق الجلد.[2]

(1) لسان العرب، والمصباح المنير، والمغرب، مادة: «دمع».
(2) ابن عابدين ٥/ ٣٧٢، والبدائع ٧/ ٢٩٦، وتكملة فتح القدير ٩/ ٢٦٧ دار إحياء التراث العربي، والزيلعي -

الحكم الإجمالي :

٢ - الدامغة إما أن تكون عمدا أو خطأ .

فإن كانت عمدا ففيها القصاص عند المالكية ، وهو ظاهر المذهب عند الحنفية ، وهو قول عند الشافعية .

وإنما يجب القصاص لإمكان المماثلة في الاستيفاء ، ولظاهر قوله تعالى : ﴿والجروح قصاص﴾ .(١)

وذهب الشافعية والحنابلة ، وأبو حنيفة في رواية ، إلى أنه لا قصاص فيها لعدم إمكان الاستيفاء بصفة المماثلة ، وإنما فيها حكومة عدل ،(٢) لأنه ليس فيها أرش مقدر ولا يمكن إهدارها فتجب الحكومة ، وروي ذلك عن النخعي وعمر بن عبدالعزيز .

وإن كانت الدامغة خطأ ففيها حكومة عدل ، لأنه لم يرد فيها شيء مقدر من الشرع ، ولا يمكن إهدارها فوجب فيها حكومة عدل .

وهذا إذا لم تبرأ الشجة ، أو برئت على شين ، فإذا برئت دون أثر فلا شيء فيها عند المالكية والحنابلة وأبي حنيفة ، لأن الأرش إنما يجب بالشين الذي يلحق المشجوج بالأثر ، وقد زال فسقط الأرش .

وقال أبو يوسف : عليه حكومة الألم لأن الشجة قد تحققت ولا سبيل إلى إهدارها ، وقد تعذر إيجاب أرش الشجة ، فيجب أرش الألم ، وقال محمد : يجب قدر ما أنفق من أجرة الطبيب وثمن الدواء .

وقال الشافعية : إذا برئت ولم تنقص شيئا فوجهان أحدهما : لا شيء عليه سوى التعزير كما لو لطمه أو ضربه بمثقل فزال الألم .

والثاني : يفرض القاضي شيئا باجتهاده .(١)

وتفصيل ذلك في : (جناية على ما دون النفس ، شجاج ، قصاص ، دية) .

٥٨/١٠ ، والدسوقي ٤/ ٢٥١ ، ومغني المحتاج ٤/ ٢٦ ، ونهاية المحتاج ٧/ ٢٦٨ ، وكشاف القناع ٦/ ٥١ ، والمغني ٨/ ٥٤ - ٥٥ .

(١) سورة المائدة/ ٤٥

(٢) حكومة العدل هي التعويض الذي يقدره أهل الخبرة وينظر مصطلح : (حكومة عدل) .

(١) ابن عابدين ٥/ ٣٥٤ ، ٣٧٢ ، ٣٧٦ ، والبدائع ٧/ ٣٠٩ ، ٣١٦ ، ٣٢٤ ، والهداية ٤/ ١٨٢ ، ١٨٧ ، والاختيار ٥/ ٤٢ ، وحاشية الدسوقي ٤/ ٢٥٠ ، ٢٥١ ، ٢٦٩ ، ٢٧٠ ، والفواكه الدواني ٢/ ٢٦٣ ، ومغني المحتاج ٤/ ٢٦ ، ٥٩ ، ونهاية المحتاج ٧/ ٢٦٨ ، ٣٠٦ ، ٣٢٥ ، وروضة الطالبين ٩/ ٢٦٥ ، ٣١٩ ، والمغني ٧/ ٧٢١ ، و٨/ ٥٦ - ٥٧ ، وكشاف القناع ٦/ ٥١ - ٥٢ .

دامغة

التعريف :

١ ـ الدامغة في اللغة : من دمغه أي أصاب دماغه، وشجه حتى بلغت الشجة الدماغ، والدامغة من الشجاج هي التي تهشم الدماغ ولا حياة معها غالبا.[1]

وهي عند الفقهاء كذلك، فقد قالوا : هي التي تخرق خريطة الدماغ (الجلدة الرقيقة الساترة للمخ) وتصل إليه.

وهي مذففة غالبا. ولذلك لم يذكرها محمد بن الحسن صاحب أبي حنيفة في الشجاج للموت بعدها عادة، فتكون عنده قتلا لا شجا.[2]

الحكم الإجمالي :

٢ ـ الدامغة من الشجاج إن كانت عمدا فلا قصاص فيها إن لم تفض إلى الموت، لأنه لا يمكن استيفاء القصاص بالمثل لعظم خطرها وخشية السراية إلى النفس، ولذلك يستوي في الحكم فيها عمدها وخطؤها. وهذا باتفاق.

وفيها ثلث الدية قياسا على المأمومة (الآمة) لما روي في حديث عمرو بن حزم «أن رسول الله ﷺ كتب إلى أهل اليمن كتابا فيه الفرائض والسنن والديات، وفيه : وفي الآمية ثلث الدية».[1]

وقال الماوردي من الشافعية، وهو قول عند الحنابلة : يجب على الجاني أرش مأمومة وحكومة عدل، لأن خرق الجلد جناية بعد المأمومة توجب لأجلها حكومة.

وفي قول عند الشافعية : تجب دية كاملة.

وقال الشافعية والحنابلة : يجوز أن يقتص موضحة، لأنه يقتص بعض حقه، ولأنها داخلة في الجناية يمكن القصاص فيها، ويأخذ الأرش في الباقي عند الشافعية، وهو وجه عند الحنابلة واختاره ابن حامد لأنه تعذر القصاص فيه فانتقل إلى البدل، كما لو قطع أصبعيه ولم يمكن الاستيفاء إلا من واحدة.

والوجه الثاني عند الحنابلة : ليس له أرش

---

(١) المغرب، والمصباح المنير، ولسان العرب مادة: «دمغ».

(٢) ابن عابدين ٥/ ٣٧٢ ـ ٣٧٣، والاختيار ٥/ ٤١، والدسوقي ٤/ ٢٥٣، وجواهر الإكليل ٢/ ٢٦٠، ومغني المحتاج ٤/ ٢٦، والمغني ٨/ ٤٧، وكشاف القناع ٦/ ٥٢

(١) حديث عمرو بن حزم: «أن رسول الله ﷺ كتب إلى أهل اليمن كتابا...» أخرجه النسائي (٨/ ٥٨ ـ ط المكتبة التجارية) وذكر ابن حجر في التلخيص (٤/ ١٨ ـ ط شركة الطباعة الفنية) أن جماعة من العلماء صححوه.

الباقي ، وهو اختيار أبي بكر، لأنه جرح واحد فلا يجمع فيه بين قصاص ودية .

ثم إن الحكم بثلث الدية إنما هو إذا عاش المشجوج ، أما إذا مات بها فإن كانت الجناية عمدا ففيها القصاص في النفس، وإن كانت خطأ ففيها دية نفس كاملة .[1]

(١) ابن عابدين ٥/ ٣٧٢ - ٣٧٣ ، والبدائع ٧/ ٣١٦ ، وتكملة فتح القدير ٩/ ٢١٨ ، وجواهر الإكليل ٢/ ٢٦٠ ، ٢٦٧ ، والدسوقي ٤/ ٢٧٠ ، ومغني المحتاج ٤/ ٢٦ ، ٥٨ ، والمهذب ٢/ ١٧٩ ، ٢٠٠ ، والمغني ٧/ ٧١٠ و ٨/ ١٧ ، وكشاف القناع ٦/ ٥٣

دامية

التعريف :

١ - الدامية في اللغة : من دَمِيَ الجرح يدمى دَمْيا ودَمًى : خرج منه الدم والشجة الدامية : هي التي يخرج دمها ولا يسيل .[1]

ويختلف الفقهاء في معنى الدامية .

فالمالكية والشافعية يسايرون المعنى اللغوي ، إذ يقول المالكية : هي التي تضعف الجلد فيرشح منه دم من غير أن ينشق الجلد .

ويقول الشافعية : هي التي تدمي من غير سيلان الدم .[2]

وأكثر الحنفية يقولون : إن الدامية هي التي تخرج الدم وتسيله ولا توضح العظم ، وهو ما ذهب إليه الحنابلة الذين يسمونها أيضا البازلة والدامعة .[3]

(١) المغرب ، والمصباح المنير، ولسان العرب ـ مادة : « دمى » .

(٢) منح الجليل ٤/ ٣٦١ ، والدسوقي ٤/ ٢٥٠ - ٢٥١ ، ومغني المحتاج ٤/ ٢٦

(٣) تكملة فتح القدير ٩/ ٢١٧ نشر دار إحياء التراث العربي ، وابن عابدين ٥/ ٣٧٢ - ٣٧٣ ، والبدائع ٧/ ٢٩٦ ، والاختيار ٥/ ٤٦ ، والمغني ٨/ ٥٥ ، وكشاف القناع ٦/ ٥١

الحكم الإجمالي :

٢ ـ حكم الدامية هو حكم الدامعة بكل تفاصيله سواء أكانت عمدا أم خطأ.

(ر: دامعة).

دباغة

التعريف :

١ ـ الدباغة في اللغة : مصدر دبغ الجلد يدبغه دبغا ودباغة ، أي عالجه ولينه بالقرظ ونحوه ليزول ما به من نتن وفساد ورطوبة.

والدباغة أيضا اسم يطلق على حرفة الدباغ وهو صاحبها.

أما الدبغ والدباغ بالكسر فهما ما يدبغ به الجلد ليصلح. والمدبغة موضع الدبغ.[1]

وتطلق الدباغة في اصطلاح الفقهاء على المعنى اللغوي نفسه.[2]

قال الخطيب الشربيني: الدبغ نزع فضول الجلد، وهي مائيته ورطوباته التي يفسده بقاؤها، ويطيبه نزعها بحيث لو نقع في الماء لم يعد إليه النتن والفساد.[3]

ويشترط عند بعض الفقهاء أن يكون الدبغ

---

(١) المصباح المنير ومتن اللغة والمعجم الوسيط مادة "دبغ".

(٢) حاشية ابن عابدين ١/ ١٣٦، ونهاية المحتاج ١/ ٢٤٢، والخرشي ١/ ٨٨.

(٣) مغني المحتاج ١/ ٨٢، وانظر الخرشي ١/ ٨٨، والدسوقي ١/ ٥٣.

بحريف الطعم، أي يلذع اللسان بحرافته، كالقرظ والعفص ونحوهما،[1] كما سيأتي (ف ٧)

الألفاظ ذات الصلة :

أ ـ الصباغة :

٢ ـ الصباغة حرفة الصباغ، والصبغ والصبغة والصباغ بالكسر كلها بمعنى، وهو ما يصبغ به، والصبغ بالفتح مصدر، يقال : صبغ الثوب صبغا، أي لونه بالصباغ. والأصل في معناه التغيير، ويعرض للجلد وغيره.[2]

ب ـ التشميس :

٣ ـ التشميس مصدر شمست الشيء إذا وضعته في الشمس، والمراد به أن يبسط الجلد في الشمس لتجف منه الرطوبة، وتزول عنه الرائحة الكريهة، واعتبره الحنفية ومن معهم دباغا حكميا،[3] كما سيأتي.

ج ـ التتريب :

٤ ـ التتريب مصدر ترب، يقال : تربت الإهاب تتريبا إذا نثر عليه التراب لإزالة ما عليه من رطوبة ورائحة كريهة، ويقال أيضا : تربت الشيء إذا وضعت عليه التراب، وهو أيضا نوع من أنواع الدبغ الحكمي عند الحنفية ومن معهم.[1]

مشروعية الدباغة :

٥ ـ الدباغة مباحة، وهي من الحرف التي فيها مصلحة للناس.

وقد استدلوا لجواز الدباغة بأحاديث منها : قوله ﷺ : «أيما إهاب دبغ فقد طهر»[2] ولأن الدباغة وسيلة لتطهير الجلود بإزالة ما بها من نتن وفساد فينتفع بها، كما ينتفع من سائر الأشياء الطاهرة.[3]

ما يقبل الدباغة :

٦ ـ الجلود هي التي تدبغ غالبا وتطهر بالدباغ على تفصيل يأتي بيانه.

وذكر بعض الفقهاء ـ منهم الحنفية ـ أن المثانة والكرش، مثل الإهاب في قبول الدباغ والطهارة به، وكذلك الأمعاء. قال ابن عابدين نقلا عن

---

(١) مغني المحتاج ١/ ٨٢، ونهاية المحتاج ١/ ٢٤٤، وحاشية القليوبي ١/ ٧٣

(٢) المصباح المنير، ومتن اللغة مادة «صبغ»

(٣) البناية على الهداية ١/ ٣٦٣، وابن عابدين ١/ ١٣٦

(١) المرجعان نفسهما

(٢) حديث : «أيما إهاب دبغ فقد طهر» أخرجه النسائي (٧/ ١٧٣ ـ ط المكتبة التجارية) من حديث ابن عباس، وأصله في صحيح مسلم (١/ ٢٧٧ ـ ط الحلبي)

(٣) ابن عابدين ١/ ١٣٦، ومواهب الجليل مع المواق ١/ ١٠١، ومغني المحتاج ١/ ٨٢ ـ ٨٣، وكشاف القناع ١/ ٥٤، ٥٥

البحر: فلو دبغت المثانة وجعل فيها لبن جاز، وكذلك الكرش إن كان يقدر على إصلاحه. وقال أبو يوسف: إنه لا يطهر، لأنه كاللحم، وإذا أصلح أمعاء شاة ميتة فصلى وهي معه جاز، لأنه يتخذ منها الأوتار وهو كالدباغ.(١)

وقال البهوتي من الحنابلة: وجعل المصران وترا دباغ، وكذا جعل الكرش، لأنه هو المعتاد فيه.(٢)

وذكر الحنفية أيضا أن جلد الميتة من الحية الصغيرة التي لها دم، وكذلك الفأرة لا يقبلان الدباغ فلا يطهران بالعلاج.(٣)

ما يحصل به الدباغة:

٧ - ما يحصل به الدباغة يسمى دبغا ودباغا، واتفق الفقهاء على أنه يشترط في الدباغ أن يكون منشفا للرطوبة منقيا للخبث، مزيلا للريح، ولا يشترط أن تكون الدباغة بفعل فاعل، فإن وقع الجلد في مدبغة بنحو ريح، أو ألقي المدبغ عليه كذلك فاندبغ به كفى. كما لا يشترط أن يكون الدابغ مسلما.

وذهب فقهاء المالكية والشافعية وهو قول عند الحنابلة إلى أنه لا يشترط أن يكون الدباغ طاهرا، وإن حكمة الدباغ إنما هي بأن يزيل عفونة الجلد ويهيئه للانتفاع به على الدوام، فما أفاد ذلك جاز به، طاهرا كان كالقرظ والعفص، أو نجسا كزرق الطيور.(١)

وهل يشترط غسل الجلد أثناء أو بعد الدباغة؟ فيه تفصيل يأتي بيانه.

والمذهب عند الحنابلة أنه يشترط أن يكون الدباغ طاهرا، لأنها طهارة من نجاسة فلم تحصل بنجس، كالاستجمار والغسل.(٢)

وصرح جمهور الفقهاء (المالكية والشافعية والحنابلة) بأنه لا يكفي في الدباغة التشميس، ولا التتريب.(٣) ثم اختلفوا فيما يدبغ به. فنقل عن يحيى بن سعيد من المالكية أن ما دبغ به جلد الميتة من دقيق أو ملح أو قرظ فهو طهور، ثم قال: وهو صحيح، فإن حكمة الدباغ إنما هي بأن يزيل عفونة الجلد ويهيئه للانتفاع به على الدوام فما أفاد ذلك جاز به.

وقال الشافعية: الدبغ نزع فضوله، وذلك يحصل بما يحرف الفم أي يلذع اللسان بحرافته، كالقرظ والعفص وقشور الرمان، والشث والشب،(٤) ولو بإلقائه على الدبغ بنحو ريح، أو

---

(١) ابن عابدين ١/١٣٥

(٢) كشاف القناع ١/٥٦

(٣) ابن عابدين ١/١٣٦، والزيلعي ١/٢٥

(١) ابن عابدين ١/١٣٦، والدسوقي ١/٥٥، ومغني المحتاج ١/٨٢، وكشاف القناع ١/٥٦، والمغني ١/٧٠

(٢) المغني ١/٧٠، وكشاف القناع ١/٧٦

(٣) الدسوقي ١/٥٥، والحطاب ١/١٠١، ومغني المحتاج ١/٨٢، وكشاف القناع ١/٥٦، والمغني ١/٧٠

(٤) الشث: شجر مر الطعم طيب الريح يدبغ به. والشب: معدن يشبه الزاج يدبغ به.

إلقاء المدبغ عليه كذلك. لا شمس وتراب وتجميد وتمليح مما لا ينزع الفضول ومن جفت وطابت والجنه، لأن الفضلات لم تزل، وإنما جمدت، بدليل أنه لو نقع في الماء عدت إليه العفونة.

وقال الحنابلة: لا يحصل الدبغ بنجس، ولا بغير منشف للرطوبة منق للخبث بحيث لو نقع الجلد بعده في الماء فسد، ولا بتشميس ولا بتتريب ولا بريح.[1]

أما الحنفية فتحصل الدباغة عندهم بكل ما يمنع النتن والفساد، وقال ابن عابدين: وما يمنع على نوعين حقيقي كالقرظ والشب والعفص ونحوه، وحكمي كالتتريب والتشميس والإلقاء في الريح، ولو جف ولم يستحل لم يطهر.[2]

ولا فرق بين الدباغ الحقيقي والحكمي عند الحنفية إلا في حكم واحد، وهو أنه لو أصاب الماء جلد الميتة بعد الدباغ الحقيقي لا يعود نجسا باتفاق الروايات عندهم، وفيما بعد الدبغ الحكمي روايتان.[3]

أثر الدباغة في تطهير الجلود:

٨ ـ جمهور الفقهاء على أن جلد الآدمي طاهر حيا أو ميتا، مسلما كان أو كافرا، وأنه ليس محلا للدباغة أصلا.

واتفق الفقهاء على أن جلد الحيوان المأكول اللحم كالإبل والغنم والبقر والظباء ونحوها طاهر قبل الذبح وبعده، سواء أدبغ أم لم يدبغ.

وكذلك ميتة السمك والجراد ونحوهما مما لا نفس له سائلة.

ولا خلاف بين الفقهاء في نجاسة جلود ميتة الحيوانات قبل الدباغ، وعرفوا الميتة بأنها الميت من الحيوان البري الذي له نفس سائلة، مأكولة اللحم أو غيره، مات حتف أنفه أو بذكاة غير شرعية، كمذكى المجوسي أو الكتابي لصنمه، أو المحرم لصيد، أو المرتد أو نحوه.[1]

(ر: ميتة).

٩ ـ واختلفوا في طهارة جلود الميتة بالدباغة على التفصيل التالي:

ذهب الحنفية والشافعية ـ وهو رواية عن أحمد في جلد ميتة مأكول اللحم ـ إلى أن الدباغة وسيلة لتطهير جلود الميتة، سواء أكانت مأكولة اللحم أم غير مأكولة اللحم، فيطهر بالدباغ جلد ميتة سائر الحيوانات إلا جلد الخنزير عند الجميع لنجاسة عينه، وإلا جلد الآدمي لكرامته

---

(١) كشاف القناع ١/ ٥٦

(٢) ابن عابدين ١/ ١٣٦

(٣) المرجع السابق نفسه. وعرى النجسة أن الدباغ يحصل بالأشياء المجانة في ذلك ولا يشترط به مادة خاصة لم ألف. والمرجع في ذلك إلى أهل الصنعة. والحكمة في ذلك إنما هي زوال عفونة الجلد وفساده وتهيئه للانتفاع ـ نص أفاد ذلك مازية (نظر البناية ١/ ٣٧٣، والحطاب ١/ ١٠٦).

(١) الخرشي ١/ ٨٨، ومغني المحتاج ١/ ٧٨، وكشاف القناع ١/ ٥٤

لقوله تعالى: ﴿ولقد كرمنا بني آدم﴾[1] واستثنى الشافعية أيضا جلد الكلب، كما استثنى محمد من الحنفية جلد الفيل.[2]

واستدلوا لطهارة جلود الميتة بالدباغة بأحاديث، منها:

أ - قوله ﷺ: «أيما إهاب دبغ فقد طهر».[3]

ب - وبما روى سلمة بن المحبق «أن نبي الله ﷺ في غزوة تبوك دعا بماء من عند امرأة، قالت: ما عندي إلا في قربة لي ميتة. قال: أليس قد دبغتها؟ قالت: بلى. قال: فإن دباغها ذكاتها».[4]

ج - وعن ابن عباس رضي الله عنهما قال: تصدق على مولاة لميمونة بشاة فماتت، فمر بها رسول الله ﷺ فقال: «هلا أخذتم إهابها فدبغتموه فانتفعتم به؟» فقالوا: إنها ميتة، فقال: «إنما حرم أكلها».[5]

(1) سورة الإسراء/ 70.

(2) ابن عابدين 1/ 136، والبدائع 1/ 85، ومغني المحتاج 1/ 78، والمغني لابن قدامة 1/ 66، 67.

(3) الإهاب هو الجلد قبل الدبغ، فإذا دبغ يسمى أديما (المصباح) والحديث تقدم تخريجه (ف/ 4).

(4) أخرجه النسائي (7/ 173 - 174 - ط المكتبة التجارية) وصححه ابن حجر في التلخيص (1/ 49 - ط شركة الطباعة الفنية).

(5) حديث: «هلا أخذتم إهابها فدبغتموه...». أخرجه البخاري (الفتح 4/ 413 - ط السلفية) ومسلم (1/ 276 - ط الحلبي) من حديث عبدالله بن عباس.

واستدلوا بالمعقول أيضا، وهو أن الدبغ يزيل سبب النجاسة وهو الرطوبة والدم، فصار الدبغ للجلد كالغسل للثوب، ولأن الدباغ يحفظ الصحة للجلد ويصلحه للانتفاع به كالحياة، ثم الحياة تدفع النجاسة عن الجلود فكذلك الدباغ.[1]

أما استثناء جلد الخنزير فلأنه نجس العين، أي أن ذاته بجميع أجزائها نجسة حيا وميتا، فليست نجاسته لما فيه من الدم أو الرطوبة كنجاسة غيره من ميتة الحيوانات، فلذا لم يقبل التطهير.[2]

واستدل الشافعية لاستثناء الكلب بأنه ورد في الحديث الصحيح أن النبي ﷺ قال: «طهور إناء أحدكم إذا ولغ فيه الكلب أن يغسله سبع مرات أولاهن بالتراب».[3]

والطهارة تكون لحدث أو خبث، ولا حدث على الإناء فتعين أن الولوغ سبب للخبث بسبب نجاسة فم الكلب، فبقية أجزاء الكلب

(1) ابن عابدين 1/ 136، والبدائع 1/ 85، والبناية 1/ 361، 362، والمجموع 1/ 216 وما بعدها، ومغني المحتاج 1/ 78، وكشاف القناع 1/ 54، والمغني 1/ 67.

(2) روي عن أبي يوسف وسحنون من المالكية طهارة جلد الخنزير أيضا بالدبغ (ابن عابدين 1/ 136، والدسوقي 1/ 54، والمجموع 1/ 214).

(3) حديث: «طهور إناء أحدكم إذا ولغ فيه الكلب...». أخرجه مسلم (1/ 234 - ط الحلبي) من حديث أبي هريرة.

أولى بالنجاسة، وإذا كانت الحياة لا تدفع النجاسة عن الكلب فالدباغ أولى، لأن الحياة أقوى من الدباغ بدليل أنها سبب لطهارة الجملة، والدباغ وسيلة لطهارة الجلد فقط.[1]

واستدل الحنفية لطهارة جلد الكلب بالدباغة بعموم الأحاديث التي تقدمت.[2]

والكلب ليس نجس العين عندهم في الأصح، وكذلك الفيل عند أبي حنيفة وأبي يوسف، وقد روي أن النبي ﷺ «كان يمتشط بمشط من عاج»[3] وفسره الجوهري وغيره بعظم الفيل.

١٠ - وقال المالكية في المشهور المعتمد عندهم والحنابلة في المذهب بعدم طهارة جلد الميتة بالدباغة، لما روى عبدالله بن عكيم قال: «أتانا كتاب رسول الله ﷺ قبل وفاته بشهر أو شهرين: ألا تنتفعوا من الميتة بإهاب ولا عصب» وفي رواية أخرى عنه ﷺ قال: «كنت رخصت لكم في جلود الميتة، فإذا جاءكم كتابي هذا فلا تنتفعوا من الميتة بإهاب ولا عصب».[4]

وأجاب المالكية عن الأحاديث الواردة في طهارة الجلد بالدبغ بأنها محمولة على الطهارة اللغوية أي النظافة، ولذا جاز الانتفاع به في حالات خاصة كما سيأتي.

وروي عن سحنون وابن عبد الحكم من المالكية قولهما بطهارة جلد جميع الحيوانات بالدباغة حتى الخنزير.[1]

١١ - وروي عن أحمد أنه يطهر بالدباغة جلد ميتة ما كان طاهرا في الحياة، من إبل وبقر وظباء ونحوها، ولو كان غير مأكول اللحم، لعموم قوله ﷺ: «أيما إهاب دبغ فقد طهر»[2] فيتناول المأكول وغيره، وخرج منه ما كان نجسا في حال الحياة لكون الدبغ إنما يؤثر في دفع نجاسة حادثة بالموت فيبقى ما عداه على قضية العموم.

كما روي عن أحمد قوله: بطهارة جلود ميتة مأكول اللحم فقط، لقوله ﷺ: «ذكاة الأديم دباغه»[3] والذكاة إنما تعمل فيما يؤكل لحمه،

---

(١) البحر ١/ ١١١، ١١٤، ٢٢٠، ومغني المحتاج ١/ ٧٨

(٢) المراجع السابقة للحنفية

(٣) حديث: «كان يمتشط بمشط من عاج». أخرجه البيهقي (١/ ٢٦ - ط دائرة المعارف العثمانية) من حديث أنس، وضعف إسناده.
وانظر ابن عابدين ١/ ١٣٦

(٤) حديث عبدالله بن عكيم بروايته «أتانا كتاب رسول الله ﷺ قبل وفاته». أخرجه الترمذي (٤/ ٢٢٢ ط الحلبي) وأبو داود (٤/ ٣٧٠ - تحقيق عزت عبيد دعاس) بألفاظ متقاربة، وحسنه الترمذي

(١) الدسوقي مع الشرح الكبير ١/ ٥٤، والمحلى ٩/ ٣٢ م ١٥١٩، والمغني ١/ ٦٦، ٦٧، وكشاف القناع ١/ ٥٤

(٢) تقدم تخريج الحديث ف/ ٥

(٣) حديث: «ذكاة الأديم دباغه». أخرجه أحمد (٣/ ٤٧٦ - ط الميمنية) من حديث سلمة بن المحبق، وفي إسناده جهالة، ولكن له شاهد من حديث عائشة أخرجه النسائي (٧/ ١٧٤ - ط المكتبة التجارية) وإسناده صحيح.

فكذلك الدباغ.[1]

غسل الجلد المدبوغ :

١٢ ـ لم يذكر الحنفية ضرورة غسل الجلد المدبوغ أثناء الدباغة ولا بعدها، فالظاهر من كلامهم طهارة الجلد بمجرد الدبغ قبل الغسل، كما هو وجه عند الحنابلة أيضاً، لعموم قوله ﷺ : «أيما إهاب دبغ فقد طهر»[2] ولأنه طهر بانقلابه، فلم يفتقر إلى استعمال الماء كالخمرة إذا انقلبت خلاً.

والوجه الثاني عند الحنابلة أن الطهارة لا تحصل بمجرد الدبغ بل تحتاج إلى الغسل لقوله ﷺ في جلد الشاة الميتة: «يطهرها الماء والقرظ».[3]

والأصح عند الشافعية عدم اشتراط غسل الجلد أثناء الدباغة تغليباً لمعنى الإحالة، ولحديث مسلم: «إذا دبغ الإهاب فقد طهر»[4] ولم يذكر فيه الغسل.

ومقابل الأصح يشترط غسله أثناء الدباغة تغليباً لمعنى الإزالة، ولقوله ﷺ في الحديث الآخر: «يطهرها الماء والقرظ» وحمل الأول على الندب، أما بعد الدباغة فالأصح عندهم وجوب غسله بالماء، لأن المدبوغ يصير كثوب نجس أي متنجس لملاقاته للأدوية النجسة، أو التي تنجست به قبل طهره فيجب غسله لذلك.[1]

طرق الانتفاع بالجلد المدبوغ :

أ ـ أكل جلد الميتة المدبوغ :

١٣ ـ لا خلاف بين الفقهاء في عدم جواز أكل جلد الميتة من الحيوان غير المأكول اللحم سواء أكان قبل الدبغ أم بعده. وكذلك في جلد ميتة مأكول اللحم قبل دبغه، فإنه يحرم أكله اتفاقاً، أما بعد دبغه فجمهور الفقهاء (الحنفية والمالكية والحنابلة وهو الأصح المفتى به عند الشافعية) على عدم جواز أكله أيضاً لقوله تعالى: ﴿حرمت عليكم الميتة﴾[2] والجلد جزء منها. ولقول النبي ﷺ عن الميتة : «إنما حرم أكلها».[3]

وحكي عن أبي حامد، وهو وجه لأصحاب

---

(١) المغني ١/ ٦٨، ٦٩، وكشاف القناع ١/ ٥٤، ٥٥

(٢) تقدم تخريج الحديث (ف / ٥)

(٣) البدائع ١/ ٨٥، وابن عابدين ١/ ١٣٦، والخرشي ١/ ٢٥٢، والمغني ١/ ٧٠، ٧١، وكشاف القناع ١/ ٥٤، ٥٥، وانظر المجموع ١/ ٢٢٦ والحديث: «يطهرها الماء والقرظ»

أخرجه أبو داود (٤/ ٣٦٩، ٣٧٠ ـ تحقيق عزت عبيد دعاس) والنسائي (٧/ ١٧٤ ـ ط المكتبة التجارية) من حديث ميمونة، وفي إسناده جهالة.

(٤) حديث: «إذا دبغ الإهاب فقد طهر». أخرجه مسلم (١/ ٢٧٧ ـ ط الحلبي) من حديث عبد الله بن عباس.

(١) مغني المحتاج ١/ ٨٢، ٨٣، والمجموع ١/ ٢٢٥، ٢٢٦

(٢) سورة المائدة/ ٣

(٣) حديث: «إنما حرم أكلها». أخرجه البخاري (الفتح ٤/ ٤١٣ ـ ط السلفية)، ومسلم (١/ ٢٧٦ ـ ط الحلبي) من حديث ابن عباس.

الشافعي جواز أكله بعد الدبغ، ولقوله ﷺ: «ذكاة الأديم دباغه»[1] ولأنه جلد طاهر من حيوان مأكول اللحم فأشبه المذكى.[2]

ب ـ استعمال الجلد المدبوغ والتعامل به:

١٤ ـ إذا قلنا بطهارة الجلد المدبوغ ـ غير جلد السباع ـ فيصح بيعه، وإجارته، واستعماله، والانتفاع به في كل ما يمكن الانتفاع به سوى الأكل.

وقيد المالكية وهو رواية عن الحنابلة جواز استعماله في اليابسات فقط، حيث قال المالكية: يجوز استعماله في اليابسات بأن يوعى فيه العدس والفول ونحوهما، ويغربل عليها، ولا يطحن لأنه يؤدي إلى تحليل بعض أجزائه فتختلط بالدقيق. لا في نحو عسل ولبن وسمن وماء زهر. ويجوز لبسها في غير الصلاة لا فيها.

كما يجوز استعماله عند المالكية في الماء أيضا، لأن له قوة الدفع عن نفسه لطهوريته فلا يضره إلا إذا تغير أحد أوصافه.[3]

أما جلود السباع ففيها خلاف وتفصيل ينظر في مصطلح: (جلد ف/ ١٤).

(١) تقدم تخريجه (ف/ ١١)

(٢) ابن عابدين ١/ ١٣٦، مواهب الإكليل ١/ ١٠١، والمجموع ١/ ٢٢٩، ٢٣٠، والمغني ١/ ٧٠

(٣) الدسوقي ١/ ٥٥، والخرشي ١/ ٨٨، ٨٩، والمغني ١/ ٧٠، وكشاف القناع ١/ ٥٤

دباء

التعريف:

١ ـ الدباء في اللغة: القرع، وقيل: الدباء المستدير منه وقيل: اليابس، وواحده الدباءة.[1]

والمراد بها عند الفقهاء في موضوع الأشربة القرعة اليابسة المتخذة وعاء للانتباذ فيه.[2]

الألفاظ ذات الصلة:

أ ـ الحنتم:

٢ ـ الحنتم جرار مدهونة خضر، كانت تحمل الخمر فيها إلى المدينة قبل التحريم ثم اتسع فيها فقيل للخزف كله: حنتم، وواحدتها حنتمة.[3]

(١) تاج العروس مادة: «دبي»، والمصباح مادة: «دبي»، والنهاية لابن الأثير ٢/ ٩٦

(٢) كشاف القناع ٦/ ١٢٠، وصحيح مسلم بشرح النووي ١/ ١٨٥، والموسوعة الفقهية ٥/ ٣٦

(٣) النهاية لابن الأثير ١/ ٤٤٨، والعناية بهامش فتح القدير ٩/ ٣٨ نشر دار إحياء التراث العربي، وكشاف القناع ٦/ ١٢٠، وحاشية العدوي على شرح الرسالة ٢/ ٣٩٠ نشر دار المعرفة.

ب - المزفت :

٣ - المزفت هو الإناء الذي طلي بالزفت، وهو نوع من القار، ويقال له أيضا: المقير.[1]

ج - النقير :

٤ - النقير هو جذع النخلة ينقر ويجعل ظرفا كالقصعة.[2]

وهذه الأوعية كلها تشترك في أن ما يوضع من الشراب فيها يسرع إليه التخمر.[3]

الحكم الإجمالي :

الانتباذ في الدباء :

٥ - ذهب جمهور الفقهاء (الحنفية والشافعية والحنابلة على الصحيح عندهم) إلى جواز الانتباذ في الدباء، ويقولون: إن ما ورد من النهي عن الانتباذ فيها إنما كان أولا ثم نسخ،[4] فقد روي عن بريدة أن النبي عليه الصلاة والسلام قال: «كنت نهيتكم عن الأشربة في ظروف الأدم فاشربوا في كل وعاء غير أن لا تشربوا مسكرا». وفي رواية: «نهيتكم من الظروف وإن الظروف - أو ظرفا - لا يحل شيئا ولا يحرمه وكل مسكر حرام».[1]

قال النووي: كان الانتباذ في المزفت والدباء والحنتم والنقير منهيا عنه في أول الإسلام خوفا من أن يصير مسكرا فيها، ولا يعلم به لكثافتها فتتلف ماليته، وربما شربه الإنسان ظانا أنه لم يصر مسكرا، فيصير شاربا للمسكر، وكان العهد قريبا بإباحة المسكر فلما طال الزمان واشتهر تحريم المسكر، وتقرر ذلك في نفوسهم، نسخ النهي وأبيح لهم الانتباذ في كل وعاء بشرط أن لا يشربوا مسكرا، وهذا صريح قوله ﷺ كما ورد في حديث بريدة.[2]

وذهب مالك وأحمد في رواية والثوري وإسحاق إلى كراهة الانتباذ في الدباء، وهو مروي عن ابن عمر وابن عباس رضي الله عنهم،[3] لأن النبي ﷺ نهى عن الانتباذ في

---

(١) النهاية لابن الأثير ٢/ ٣٠٤، والعناية ٩/ ٣٨، وكشاف القناع ٩/ ٣٨، وعمدة القاري ٢١/ ١٧١

(٢) حاشية العدوي على شرح الرسالة ٢/ ٣٩٠، وعمدة القاري ٢١/ ١٧١، وصحيح مسلم بشرح النووي ١/ ١٨٥، والموسوعة الفقهية ٥/ ٢١

(٣) الموسوعة الفقهية ١/ ١٣٦، والمغني ٣/ ٤١٩، صحيح مسلم بشرح النووي ١/ ١٨٥

(٤) الزيلعي ٦/ ٤٨، والبناية ٩/ ٥٥١ - ٥٥٣، وعمدة القاري ٢١/ ١٧٨، وصحيح مسلم بشرح النووي ١/ ١٨٥ - ١٨٦، ١٣/ ١٥٨ - ١٥٩، والمجموع ٢/ ٥٣٦ تصوير السلفية، والمغني لابن قدامة ٨/ ٣١٨، ونيل الأوطار ٨/ ١٨٤ ط العثمانية، والموسوعة الفقهية ٥/ ٢١

---

(١) حديث بريدة: «كنت نهيتكم عن الأشربة...». أخرجه مسلم (٣/ ١٥٨٥ - ط الحلبي) برواياته.

(٢) صحيح مسلم بشرح النووي ١٣/ ١٥٩ ط المطبعة المصرية بالأزهر.

(٣) بداية المجتهد ١/ ٤٠٧ - ٤٠٨ ط المكتبة التجارية، ونيل الأوطار ٨/ ١٨٤، وحاشية العدوي على شرح الرسالة ١/ ٣٩٠، والمغني ٨/ ٣١٨، والبناية ٩/ ٥٥٤

الدباء والنقير والمزفت والحنتم .[١]

ويـرى هذا الفـريق من الفقهـاء أن النهي المتقدم الـذي نسـخ إنـما كان نهياً عن الانتبـاذ مطلقـاً، أمـا النهي عن الانتباذ في الدباء وغيرها من الأوعيـة المـذكورة في الحـديث فهـو باق ـ عندهم ـ سدا للذرائع لأن هذه الأوعية تعجل شـدة النبيـذ.[٢] (ر: أشربة ف١٨ ج٥ ص٢٦).

هذا وللتفصيـل في تطهـير الدباء[٣] وغيرها من الأوعيـة إذا استعمـل فيهـا الخمـر ينظر مصطلح : (نجاسة).

(١) حديث : «نهى عن الانتباذ في الدباء والنقير . . .» أخرجه مسلم (٣/ ١٥٧٩ ـ الحلبي) من حديث عائشة.

(٢) بداية المجتهد ١/ ٤٠٨، ونيل الأوطار ٨/ ١٨٤، وصحيح مسلم بشرح النووي ١/ ١٨٦.

(٣) الزيلعي ١/ ٤٨، والبناية ٩/ ٥٥٦، وفتح القدير ٩/ ٣٩.

دبـر

التعريف :

١ ـ الدُّبُر بضمتين خلاف القبل . ودبر كل شيء عقبه. ومنه يقال لآخر الأمر دبر . وأصله ما أدبر عنه الإنسان . والدبر الفرج وجمعه أدبار . وولاه دبره كناية عن الهزيمة .[١] ومنه قوله تعالى ﴿سيهزم الجمع ويولون الدبر﴾ .[٢]

والمراد به هنا خلاف القبل من الإنسان والحيوان .

الألفاظ ذات الصلة :

أ ـ القبل :

٢ ـ القبـل بضمتين وبسكون الباء، ومن معانيه فرج الإنسـان من الـذكـر والأنثى . وقيل هو للأنثى خاصـة . والقبـل من كل شيء خلاف دبره . وعلى ذلك فالقبل مقابل الدبر .[٣]

ب ـ الفرج :

٣ ـ الفَرْج بفتح الفاء وسكون الراء الخلل بين

(١) المصباح المنير ولسان العرب في المادة .

(٢) سورة القمر/ ٤٥

(٣) المصباح واللسان في مادة .

الشيئين. وجمعه فروج، والفرجة كالفرج، والفرج العورة.

والغالب استعمال الفرج في القبل من الذكر والأنثى. وقد يشمل القبل والدبر معا في اصطلاح الفقهاء.[1]

الأحكام المتعلقة بالدبر:

النظر إلى الدبر ومسه:

٤ ـ الدبر من العورة المغلظة عند جميع الفقهاء، فلا يجوز كشفه والنظر إليه لغير الزوج والزوجة، بدون ضرورة.

أما الزوجان فجمهور الفقهاء على جواز نظر الزوج لجميع أجزاء بدن الزوجة، كما يجوز لها أن تنظر منه ما أبيح له النظر إليه منها.[2]

وصرح بعض الفقهاء منهم الشافعية بكراهة النظر إلى الفرج مطلقا ولو من نفسه بلا حاجة، لما روت عائشة رضي الله عنها أنها قالت: «ما رأيت منه ولا رأى مني»[3]

وتفصيل هذه المسائل في مصطلحي: (عورة، ونظر).

نقض الوضوء بمس الدبر:

٥ ـ ذهب الحنفية ـ وهو القول القديم للشافعي ورواية عند الحنابلة ـ إلى عدم نقض الوضوء بمس الدبر مطلقا سواء أكان من نفسه أم من غيره، وسواء أكان بحائل أم بغير حائل.[1]

وقال الشافعية في الجديد: ينتقض الوضوء بمس حلقة الدبر بباطن الكف من غير حائل سواء أكان من نفسه أم من غيره، ولا يشترط في نقض الوضوء أن يكون المس بتلذذ عندهم. وكذا قال الحنابلة ـ في المعتمد ـ غير أنهم لم يقيدوه بباطن، بل ينتقض بمسه بظهر اليد أو باطنها أو حرفها.[2]

واستدلوا بقوله ﷺ: «من مس فرجه فليتوضأ»،[3] وقوله ﷺ: «إذا أفضى أحدكم

---

(١) المغرب والمصباح المنير ولسان العرب في المادة. وفتح القدير ١/ ٢٦٥، وابن عابدين ٦/ ٣٠١، وجواهر الإكليل ١/ ٢٢، وحاشية الدسوقي ١/ ٢٣٥، وحاشية الجمل ٥/ ١٢٩، ومواهب الجليل ٣/ ٤٠٥، والمغني لابن قدامة ١/ ٥٧٨

(٢) حاشية ابن عابدين ٥/ ٢٣٤، وجواهر الإكليل ١/ ٢٧٥، وأسنى المطالب ٣/ ١١٦ ـ ١١٣، ونهاية المحتاج ٦/ ١٩٦، والمغني لابن قدامة ٦/ ٥٧٨

(٣) حديث عائشة: «ما رأيت منه ولا رأى مني» أخرجه أبو الشيخ الأصبهاني في أخلاق النبي (ص ٢٥١ ـ ٢٥٢ ـ ط مطابع الهلالي بمصر) وفي إسناده متهم بالكذب كما في الميزان للذهبي (٤/ ١١ ـ ط الحلبي).

وانظر نهاية المحتاج ٦/ ١٩٦.

---

(١) ابن عابدين ١/ ٩٩، ومغني المحتاج ١/ ٣٦، وكشاف القناع ١/ ١٢٨، والمغني ١/ ١٧٨ ـ ١٧٩

(٢) مغني المحتاج ١/ ٣٥ ـ ٣٦، وكشاف القناع ١/ ١٢٨

(٣) حديث: «من مس فرجه فليتوضأ» أخرجه ابن ماجه (١/ ١٦٢ ـ ط الحلبي) من حديث أم حبيبة، وصححه الإمام أحمد كما في التلخيص لابن حجر (١/ ١٢٤ ط شركة الطباعة الفنية).

بيده إلى فرجه وليس بينهما ستر أو حجاب فليتوضأ»[١].

أما المالكية فلا ينتقض الوضوء عندهم بمس الدبر إذا كان من نفسه. أما مس دبر الغير فحكمه عندهم حكم اللمس، إذا التذ به صاحبه أو قصد اللذة ينتقض، وإلا لا ينتقض.[٢]

وتفصيله في مصطلح: (حدث).

الاستنجاء:

٦ ـ ذكر الفقهاء في آداب قضاء الحاجة والاستنجاء أنه يندب إزالة ما في المحل من أذى بماء أو حجر باليد اليسرى، ويندب إعداد مزيل الأذى من جامد طاهر أو مائع، كما يندب استعمال الجامد وترا، وتقديم القبل على الدبر احترازا من تنجس يده بما على المخرج[٣] على خلاف للفقهاء في بعض الأمور.

وتفصيله في مصطلحي: «استنجاء واستجمار».

أثر ما يخرج من الدبر:

٧ ـ الخروج المعتاد من الدبر كالنجاسة والريح ناقض للوضوء باتفاق الفقهاء.

أما الخارج غير المعتاد كالحصى والدود والشعر ففيه خلاف بين المذاهب نجمله فيما يأتي:

ذهب جمهور الفقهاء (الحنفية والشافعية والحنابلة) إلى أنه ناقض للوضوء، سواء أكان جافا أم مبلولا بنجاسة.[١]

وقال المالكية في المشهور عندهم: إن الخارج غير المعتاد كحصى تولد بالبطن، ودود، لا ينقض الوضوء ولو مبلولا بغائط غير متفاحش بحيث ينسب الخروج للحصى والدود لا للغائط.

والقول الثاني عندهم: أنه ناقض للوضوء إذا كان غير نقي.[٢]

وتفصيله في: (حدث).

أثر ما يدخل في دبر الصائم:

٨ ـ ذهب الشافعية والحنابلة إلى أن وصول عين من الأعيان من الخارج إلى الجوف وإن قلّت أو لم تكن مما يؤكل كسمسمة أو حصاة، ولو بالحقنة

---

(١) حديث: «إذا أفضى أحدكم بيده إلى فرجه، وليس...» أخرجه ابن حبان (الإحسان ٢/ ٢٢٢ ـ ط دار الكتب العلمية) من حديث أبي هريرة، وصححه.

(٢) جواهر الإكليل ١/ ٢٠ ـ ٢١

(٣) ابن عابدين ١/ ٢٢٣، ٢٢٦، وحاشية الدسوقي ١/ ١٠٥ ـ ١٠٦، ومغني المحتاج ١/ ٤٣، ٤٦، وكشاف القناع ١/ ٦٠ ـ ٦٢

(١) ابن عابدين ١/ ٩٢، ومغني المحتاج ١/ ٣٢، ٣٣، وكشاف القناع ١/ ١٢٢، و١٢٤

(٢) جواهر الإكليل ١/ ١٩، ٢٠، وحاشية الدسوقي ١/ ١١٥

مفطر للصوم، لأن الصوم إمساك عن كل ما يصل إلى الجوف. وعلى ذلك لو دخل في دبر الصائم من خشبة أو حصاة ولو كانت صغيرة وغير مبلولة يفطر. وكذلك لو أدخل أصبعه في دبره جافة كانت أم مبتولة.(١)

وقال الحنفية: الصوم يفسد بالدخول، والوضوء ينتقض بالخروج، فإذا أدخل عودا جافا ولم يغيبه لا يفسد الصوم، لأنه ليس بداخل من كل وجه. ومثله الأصبع الجافة. وإن غيب العود أو نحوه فسد وإن كان جافا لتحقق الدخول الكامل.

وكذلك يفسد الصوم إذا أدخل شيئا من العود أو الأصبع في دبره مبتلا، كما في حالة الاستنجاء، لاستقرار البلة في الجوف. وإذا أدخلها يابسة لا يفسد الصوم على المختار عندهم، لأنها ليست آلة الجماع ولا تعتبر داخلة من كل وجه ولم تنقل البلة إلى الداخل.(٢)

وقال المالكية: ما وصل للمعدة من منفذ عال مفسد للصوم مطلقا سواء أكان متحللا أم غير متحلل، وسواء أكان عمدا أم سهوا. وهذا هو المختار عند اللخمي. وذهب ابن الماجشون إلى أن للحصاة حكم الطعام يوجب في السهو القضاء، وفي العمد القضاء والكفارة.

وإن كان من منفذ سافل ـ كالدبر مثلا ـ فلا يفسد إذا كان جامدا، ويفسد إذا كان متحللا، والمراد بالمتحلل المائع، أي ما ينماع ولو في المعدة، بخلاف غير المتحلل الذي لا ينماع في المعدة، كدرهم وحصاة.

وصرح المالكية بأن الحقنة من مائع في الدبر توجب القضاء على المشهور عندهم بخلاف الحقنة بالجامد فلا قضاء، كما لا قضاء في فتائل عليها دهن لخفتها.(١)

وفي المسألة تفصيل ينظر في: (صوم).

الاستمتاع بدبر الزوجة:

٩ ـ ذهب جمهور الفقهاء بجواز استمتاع الزوج بظاهر دبر زوجته ولو بغير حائل، بشرط عدم الإيلاج، لأنه كسائر جسدها، وجميعه مباح، إلا ما حرم الله من الإيلاج.

وهذا في غير الحائض. أما في الحائض فقيدوا جواز الاستمتاع بما بين ركبتيها وسرتها دون الإيلاج بأن يكون بحائل.(٢) على خلاف

---

(١) أسنى المطالب ١/ ٤١٥ ـ ٤١٦، ومغني المحتاج ١/ ٤٢٧ ـ ٤٢٨، وكشاف القناع ٢/ ٣١٨، والمغني لابن قدامة ٣/ ١٠٥

(٢) حاشية ابن عابدين ٢/ ١٠١، ١٠٢، وحاشية الطحطاوي على الدر ١/ ٨٥، ٩٤، والبدائع ٢/ ٩٣، ٩٤

(١) حاشية الدسوقي ١/ ٥٢٣ ـ ٥٢٤، ومجموع فتاوى شيخ الإسلام ٢٥/ ٢٣٣

(٢) ابن عابدين ٥/ ١٩٤، ٢٣٤، ومغني ٧/ ٢٣، وجواهر

وتفصيل ينظر في مصطلح : (حيض) .

الوطء في الدبر :

أ ـ وطء الذكور :

١٠ ـ اتفق الفقهاء على تحريم الإتيان في دبر الرجال ، وهو ما يسمى باللواط ،[١] وقد ذم الله تعالى في كتابه المجيد، وعاب من فعله، فقال : ﴿ولوطا إذ قال لقومه أتأتون الفاحشة ما سبقكم بها من أحد من العالمين . إنكم لتأتون الرجال شهوة من دون النساء بل أنتم قوم مسرفون﴾ .[٢] وقال النبي ﷺ : «لعن الله من عمل عمل قوم لوط» ثلاثا .[٣]

وفي عقوبة فاعله ، والأحكام المترتبة عليه تفصيل ينظر في : (لواط) .

ب ـ وطء الأجنبية في دبرها :

١١ ـ اتفق الفقهاء على حرمة إتيان الأجنبية في دبرها ، وألحقه أكثر الفقهاء بالزنى في الحكم .[١]

وفي ذلك تفصيل ينظر في : (زنى ، لواط) .

ج ـ وطء الزوجة في دبرها :

١٢ ـ لا يحل وطء الزوجة في الدبر .[٢]

وينظر تفصيل ذلك في (وطء) .

د ـ وطء البهيمة والحيوان :

١٣ ـ لا خلاف بين الفقهاء في حرمة وطء الحيوان في دبره أو قبله .[٣]

وينظر تفصيل ذلك في : (وطء) .

ـ الإكليل ٦/ ٢٧٥، ومنتهى المطالب ٣/ ١٤٣، وكشاف القناع ٥/ ١٨٩

(١) ابن عابدين ٣/ ١٥٥، ١٥٦، وجواهر الإكليل ٢/ ٢٨٣، ٢٨٥، وحاشية القليوبي ٤/ ١٢٤، ١٧٩، والمغني ٨/ ١٨٧، وكشاف القناع ٦/ ٩٤

(٢) سورة الأعراف / ٨٠، ٨١

(٣) حديث «لعن الله من عمل عمل قوم لوط» . أخرجه ابن حبان (الإحسان ٦/ ٢٩٩ ـ ط دار الكتب العلمية) وحسنه الذهبي في كتاب الكبائر (ص ٨١ ـ ط دار ابن كثير) .

---

(١) ابن عابدين ٣/ ١٥٥ ـ ١٥٦، التاج والإكليل مع الحطاب ٦/ ٢٩١، ومغني المحتاج ٤/ ١٤٤، وكشاف القناع ٦/ ٩٤

(٢) حاشية ابن عابدين ٣/ ١٥٥، ١٥٦، والحطاب ٣/ ٤٠٧، ومغني المحتاج ٤/ ١٤٣، وحاشية الجمل ٥/ ١٢٩، والمغني ٧/ ٢٢، وكشاف القناع ٥/ ١٨٨، ١٨٩

(٣) حاشية ابن عابدين ٣/ ١٥٥، والحطاب مع المواق ٦/ ٢٩٣، ومغني المحتاج ٤/ ١٤٥، والمغني لابن قدامة ٨/ ١٨٨، ١٩٦

دخان

التعريف :

١ ـ دخان النار معروف ، وجمعه أدخنة ، ودواخن ، ودواخين ، يقال : دخنت النار : ارتفع دخانها ، ودخنت : إذا فسدت بإلقاء الحطب عليها حتى هاج دخانها ، وقد يضع العرب الدخان موضع الشر إذا علا ، فيقولون : كان بيننا أمر ارتفع له دخان . وقد قيل : إن الدخان قد مضى .[1]

ومن إطلاقاته أيضا : التبغ والبخار،[2] وقد مر تفصيل أحكامها في مصطلحي : «بخار» ، و«تبغ» .

الأحكام المتعلقة بالدخان :

دخان النجاسة :

٢ ـ اختلف الفقهاء في طهارة الدخان المتصاعد من النجاسة : فذهب الحنفية على المفتى به ، والمالكية في المعتمد ، وبعض الحنابلة ، إلى أن دخان النجاسة طاهر . قال الحنفية : إن ذلك على سبيل الاستحسان دفعا للحرج ، وللضرورة وتعذر التحرز .

وذهب الشافعية في الأصح والحنابلة في المذهب ، وأبو يوسف من الحنفية إلى أن دخان النجاسة كأصلها ، وظاهر كلام الرملي من الشافعية أن قليله معفو عنه مطلقا ، وعلى هذا فمن استصبح بدهن نجس ، يعفى عما يصيبه من دخان المصباح لقلته .

وأما عند ابن حجر الهيتمي فيعفى عن قليله إن لم يكن من مغلظ ، وإلا فلا يعفى عنه قليلا كان أو كثيرا .[1]

فساد الصوم بالدخان :

٣ ـ ذهب الفقهاء إلى أن الصائم لو أدخل في حلقه الدخان أفطر ، سواء كان دخان تبغ ، أو عود ، أو عنبر ، أو غير ذلك إذا كان ذاكرا للصوم ، إذ يمكن التحرز عنه . وأما إذا وصل

---

(١) مختار الصحاح ، ولسان العرب المحيط ، والمصباح في اللغة والعلوم مادة : «دخن» .

(٢) لسان العرب المحيط ، والمصباح في اللغة والعلوم مادة : «بخر» و«تبغ» .

(١) الفتاوى الهندية ١/ ٤٧ ، وابن عابدين ١/ ٢١٦ ط دار إحياء التراث العربي ، وحاشية الدسوقي ١/ ٥٧ ـ ٥٨ ، ومواهب الجليل ١/ ١٠٦ ـ ١٠٧ ط دار الفكر ، والإقناع للخطيب الشربيني ١/ ٦٦ ، وحاشية الجمل ١/ ١٧٩ ط دار إحياء التراث العربي ، ونهاية المحتاج ١/ ٢٤٧ ط مصطفى البابي الحلبي ، وأسنى المطالب ١/ ٢٧٨ ، والمغني ١/ ٧٢ ، وكشاف القناع ١/ ١٨٦ .

إلى حلقه دون قصد، فلا يفسد به الصوم، لعدم إمكان التحرز عنه، لأنه إذا أطبق الفم، دخل من الأنف.

وفي استنشاق الدخان عمدا خلاف وتفصيل، ينظر مصطلح : (صوم). [١]

القتل بالدخان :

٤ ـ من حبس شخصا في بيت وسد منافذه فاجتمع فيه الدخان وضاق نفسه فمات، ففيه القصاص عند الشافعية والحنابلة، وهو مقتضى قواعد المالكية إن قصد بذلك موته، أما إن قصد مجرد التعذيب فالدية.

وأما الحنفية فقواعدهم تأبى وجوب القصاص، [٢] وتفصيل ذلك في مصطلح : (قصاص، ودية).

إيذاء الجار بالدخان :

٥ ـ ذهب الحنفية والمالكية وهو المذهب عند الحنابلة إلى أن من أراد أن يبني في داره تنورا للخبز الدائم كما يكون في الدكاكين، يمنع، لأنه يضر بجيرانه ضررا فاحشا لا يمكن التحرز عنه، إذ يأتي منه الدخان الكثير.

وذهب الشافعية، وهو رواية عن أحمد، وبه قال بعض أصحاب أبي حنيفة : إلى أنه لا يمنع، لأنه تصرف في خالص ملكه، ولم يتعلق به حق غيره، فلم يمنع منه كما لو طبخ في داره أو خبز فيها.

أما دخان التنور المعتاد في البيوت، ودخان الخبز والطبيخ فلا خلاف في أنه لا يمنع، لأن ضرره يسير، ولا يمكن التحرز عنه، فتدخله المسامحة. [١]

وإذا طبخ الجار ما يصل دخانه أو رائحته إلى جاره استحب له أن يهديه من ذلك الطعام لحديث عبدالله بن عمرو بن العاص في ذكر حقوق الجار، ذكر منها : «ولا تؤذه بقتار ريح قدرك إلا أن تغرف له منها». [٢]

(١) ابن عابدين ٢/ ٩٧، ٩٨/ ٣٩٥، وفتح القدير ٢/ ٢٥٨ ط دار إحياء التراث العربي، وشرح الزرقاني ٢/ ٢٠٤ ط دار الفكر، والدسوقي ١/ ٥٢٥، والقليوبي ٢/ ٥٦، ونهاية المحتاج ٣/ ١٦٩، وكشاف القناع ١/ ٣٢٦

(٢) ابن عابدين ٥/ ٣٤٨ ـ ٣٤٩ وما بعدها، والشرح الصغير ٤/ ٣٣٩، وروضة الطالبين ٩/ ٢٥٢، ومطالب أولي النهى ٦/ ٨

(١) ابن عابدين ٤/ ٣٦١، وجواهر الإكليل ٢/ ١٢٢، ونهاية المحتاج ٥/ ٣٣٧، والقليوبي ٣/ ٩٠

(٢) حديث عبد الله بن عمرو بن العاص: «ولا تؤذه بقتار ريح قدرك إلا أن تغرف له منها». ذكره المنذري في الترغيب (٣/ ٣٥٧ ـ ط الحلبي) وعزاه إلى مكارم الأخلاق للخرائطي، وصدره بصيغة التضعيف.

دخول

التعريف :

١ ـ الدخول في اللغة نقيض الخروج [١] وفي الاصطلاح : هو الانفصال من الخارج إلى الداخل . [٢] ويطلق أيضا على الوطء على سبيل الكناية . قال المطرزي : سواء أكان الوطء مباحا أو محظورا . [٣]

وقال الفيومي : دخل بامرأته دخولا ، كناية عن الجماع أول مرة وغلب استعماله في الوطء المباح؛ ومنه قوله تعالى : ﴿ . . . من نسائكم اللاتي دخلتم بهن، فإن لم تكونوا دخلتم بهن فلا جناح عليكم﴾ . [٤]

الألفاظ ذات الصلة :

أ ـ الخروج :

٢ ـ الخروج في اللغة نقيض الدخول . والخروج أيضا : أول ما ينشأ من السحاب ، قال الأخفش : يقال للماء الذي يخرج من السحاب : خروج . [١]

فالدخول ، والخروج بالمعنى الأول ضدان ، وبالمعنى الثاني متباينان .

الحكم التكليفي :

٣ ـ للدخول بإطلاقيه أحكام تعتريه ، وهي تختلف باختلاف مواطنه ، واختلاف ما يتعلق به الدخول . ونجمل أهمها فيما يلي :

أولا : أحكام الدخول بالإطلاق الأول :

دخول المسجد :

٤ ـ يستحب لمن أراد دخول المسجد أن يقدم رجله اليمنى ، ويؤخر اليسرى عند الدخول ، ويستحب أن يقول : «اللهم افتح لي أبواب رحمتك» [٢] وقد ورد أنه يقول : «أعوذ بالله العظيم ، وبوجهه الكريم ، وسلطانه القديم من الشيطان الرجيم» [٣] وباسم الله ، اللهم صل

---

(١) لسان العرب المحيط مادة : دخل .

(٢) الاختيار ١ / ٤١ .

(٣) كشاف القناع ٥ / ٢٠٧ ، والمغرب للمطرزي والمصباح للفيومي والمعجم الوسيط مادة : دخل .

(٤) سورة النساء / ٢٣ .

(١) لسان العرب المحيط ، ومتن اللغة مادة خرج .

(٢) دليل قوله : اللهم افتح لي أبواب رحمتك . حديث أبي حميد أو أبي أسيد أخرجه مسلم (١ / ٤٩٤ ـ ط الحلبي) .

(٣) حديث : « أعوذ بالله العظيم وبوجهه الكريم » أخرجه أبو داود (١ / ٣١٨ ـ تحقيق عزت عبيد دعاس) من حديث عبدالله بن عمرو ، وجوّد إسناده النووي في الأذكار (ص ٨٥ ـ ط دار ابن كثير) .

على محمد وعلى آل محمد وسلم، اللهم اغفر لي ذنوبي، وافتح لي أبواب رحمتك.[1] ويستحب لمن دخل المسجد صلاة ركعتين تحية المسجد. وتفصيل ذلك في مصطلح: (مسجد).

دخول مكة:

٥ - يختلف حكم دخول مكة باختلاف الداخل: فالآفاقي لا يجوز له دخولها إلا محرما، سواء أدخلها بحج أم بعمرة، واختلف فيمن دخلها لغير النسك.

ومن كان داخل الميقات فله أن يدخل مكة بغير إحرام لحاجته، لأنه يتكرر دخوله لحاجته، وأما المحرم فلا يجوز له دخولها من غير إحرام، لأنه لا يتكرر، وكذا لأداء العمرة، لأنه التزمها بنفسه.

وتفصيل ذلك في مصطلح: (إحرام).

ولا بأس بدخول مكة ليلا أو نهارا عند الحنفية والحنابلة. وقال المالكية والشافعية: يستحب أن يكون نهارا.

ويستحب الدخول من باب بني شيبة عند دخول مكة اقتداء بفعله ﷺ،[1] كما يستحب أن يقول عند الدخول الأدعية المأثورة،[2] وتفصيلها في مصطلح: (حج) و(إحرام).

دخول الحائض والجنب المسجد:

٦ - لا خلاف بين الفقهاء في أنه لا يجوز للحائض والنفساء دخول المسجد، والمكث فيه ولو بوضوء. وكذلك الحكم في الجنب سواء أكان رجلا أم امرأة، لما روي عن عائشة رضي الله عنها قالت: جاء رسول الله ﷺ، وبيوت أصحابه شارعة في المسجد، فقال: «وجهوا هذه البيوت، فإني لا أحل المسجد لحائض ولا جنب».[3]

واستثنى الفقهاء الدخول في هذه الحالة إذا كان لضرورة كالخوف على نفس أو مال، أو

---

(١) حديث: «بسم الله، اللهم صل على محمد» أخرجه الترمذي (٢/١٢٨ - ط الحلبي) من حديث فاطمة، وابن السني في عمل اليوم والليلة (ص ٢٥ - ط دائرة المعارف العثمانية)، وإسنادهما متكلم فيهما، إلا أنه يقوي أحدهما الآخر.

وانظر الفتوحات الفقهية ٥٥، والمجموع ٢/١٧٩، والأذكار للنووي ٣١، ٣٢، والمغني ١/٤٥٥.

(١) حديث: «الدخول من باب بني شيبة عند دخول مكة» عزاه ابن حجر في التلخيص (٢/٢٤٣ - ط شركة الطباعة الفنية) إلى الطبراني من حديث عبد الله بن عمر، وأعله بوجود ضعيف في إسناده.

(٢) الاختيار ١/١٤٢، ١٤٣، ١٤٥، ط دار المعرفة، وجواهر الإكليل ١/١٧٧، ١٧٩ ط مكتبة القاهرة، والقليوبي ٢/١٠٦، ١٠٩ ط دار إحياء الكتب العربية، والمغني ٣/٢٦٨ ط الرياض.

(٣) حديث: «وجهوا هذه البيوت...» أخرجه أبو داود (١/١٥٨، ١٥٩ - تحقيق عزت عبيد دعاس)، والبيهقي (٢/٤٤٢ - ط دائرة المعارف العثمانية)، ومال البيهقي إلى تضعيفه.

كان يكون بيته إلى المسجد ولا يمكنه تحويله ولا السكنى في غيره.

واختلفوا في دخوله مارا، فذهب الحنفية والمالكية إلى أنه لا يجوز دخوله للحائض والجنب ولو مارا من باب لباب. إلا أن لا يجد بدا فيتيمم ويدخل. وبه قال الثوري وإسحاق.

وعند الشافعية والحنابلة لا يمنع الجنب من العبور، وإليه ذهب ابن مسعود وابن عباس وابن المسيب. وقال الشافعية: إن الحائض إذا أرادت العبور في المسجد فإن خافت تلويثه حرم العبور عليها، وإن أمنت التلويث جاز العبور على الصحيح.

وعند الحنابلة تمنع الحائض من المرور في المسجد إن خافت تلويثه.[1]

دخول الصبيان والمجانين المسجد:

٧ ـ قال النووي: يجوز إدخال الصبي المسجد وإن كان الأولى تنزيه المسجد عمن لا يؤمن منه تنجيسه.

وصرح المالكية بعدم جواز إدخاله المسجد إن كان لا يكف عن العبث إذا نهي عنه، وإلا فيكره. وكذلك المجانين،[1] لما ورد مرفوعا: «جنبوا مساجدكم صبيانكم ومجانينكم، وشراءكم وبيعكم، وخصوماتكم، ورفع أصواتكم، وإقامة حدودكم، وسل سيوفكم، واتخذوا على أبوابها المطاهر وجمروها في الجمع».[2]

دخول الكافر المسجد:

٨ ـ اختلف الفقهاء في جواز دخول الكافر المسجد، فذهب الشافعية والحنابلة ومحمد بن الحسن من الحنفية إلى أنه يحرم دخوله المسجد الحرام، ولا يكره دخوله غيره. إلا أن جواز الدخول مقيد بالإذن على الصحيح عند الشافعية والحنابلة، سواء أكان جنبا أم لا، لأنه لا يعتقد حرمته. فلو جلس الحاكم فيه للحكم، فللذمي دخوله للمحاكمة، وينزل جلوسه منزلة إذنه.

ويرى الحنفية جوازه مطلقا إلى المسجد الحرام وغيره، لما روي أنه ﷺ أنزل وفد ثقيف

---

(1) الاختيار ١/١٣، وابن عابدين ١/١١٤، ١٩٦ ط دار إحياء التراث العربي، وفتح القدير ١/١١٤، ١١٥ ط الأميرية، وجواهر الإكليل ١/٢٢ و١/٢٣، ونهاية المحتاج ١/٢١٨ ط مصطفى الحلبي، وروضة الطالبين ١/١٣٥ ط المكتب الإسلامي، ونيل المآرب ١/١٠٦، والمغني ١/١٤٠.

(1) ابن عابدين ١/٤٤٤، وجواهر الإكليل ١/٨٠، والمجموع ٢/١٧٦، وروضة الطالبين ١/٢٩٧، وتحفة الراكع والساجد للجراعي ٢٠١.

(2) حديث: «جنبوا مساجدكم صبيانكم ومجانينكم». أخرجه ابن ماجه (١/٢٤٧ ـ ط الحلبي) من حديث واثلة بن الأسقع، وضعفه البوصيري في الزوائد (١/١٦٢ ـ ط دار الجنان).

في المسجد، وكانوا كفارا، وقال: «ليس على الأرض من نجسهم شيء»[1] وكرهه المالكية وهو رواية عند الحنابلة مطلقا إلا لضرورة، كعمارة لم تمكن من مسلم، أو كانت من الكافر أتقن.[2]

دخول الحمام :

٩ ـ ذهب جمهور الفقهاء إلى أن دخول الحمام مشروع للرجال والنساء، لما روي: «أن رسول الله ﷺ دخل الحمام وتنوّر»[3] (استخدم النورة)، ودخل خالد بن الوليد حمام حمص، وكان الحسن وابن سيرين يدخلان الحمام، ولكن إباحة الدخول مقيدة بما إذا لم يكن منه كشف العورة، وبغير ذلك من الشروط التي تختلف باختلاف كون الداخل رجلا أو امرأة.[4] وتفصيل ذلك في مصطلح: «حمام».

دخول الخلاء :

١٠ ـ يسن لداخل الخلاء تقديم رجله اليسرى، ويقول عند الدخول: باسم الله، اللهم إني أعوذ بك من الخبث والخبائث. لأن الشمال يبدأ بها للمتبرك، ثم يستعيذ.[1] وتفصيل ذلك في مصطلح: «قضاء الحاجة».

دخول مكان فيه منكر :

١١ ـ ذهب جمهور الفقهاء إلى أنه لا يجوز الدخول بقصد المكث والجلوس إلى محل فيه منكر.

ويجب الدخول إذا كان المنكر يزول بدخوله لنحو علم أو جاه، لإزالة المنكر.[2]

دخول المسلم الكنيسة والبيعة :

١٢ ـ يرى الحنفية أنه يكره للمسلم دخول البيعة والكنيسة، لأنه مجمع الشياطين، لا من حيث إنه ليس له حق الدخول. وذهب بعض الشافعية في رأي إلى أنه لا يجوز للمسلم دخولها

---

(١) حديث: «ليس على الأرض من نجسهم شيء» أورده الجصاص في أحكام القرآن (٣/ ٨٨ ـ نشر دار الكتاب العربي) بلفظ مقارب من حديث عثمان بن أبي العاص معلقا، ورواه أبو داود في المراسيل (ص ٨٠ ـ ط الرسالة) من حديث الحسن مرسلا بلفظ: «إن الأرض لا تنجس إنما ينجس ابن آدم».

(٢) الاختيار ٤/ ١٦٦، وابن عابدين ١/ ١١٥، و٥/ ٢٤٨، وجواهر الإكليل ١/ ٢٣، و١/ ٣٨٣ ـ ط مكتبة القاهرة، والمجموع ٢/ ١٧٤، وروضة الطالبين ١/ ٢٩٦، ٢٩٧، ونهاية المحتاج ١/ ٢١٨، ٢١٩، والمغني ٨/ ٥٣٢

(٣) حديث: «دخل الحمام وتنور». أخرجه البيهقي (١/ ١٥٢ ـ ط دائرة المعارف العثمانية) من حديث ثوبان، وضعفه بقوله: «ليس بالمعروف بعض رجاله».

(٤) الفتاوى الهندية ١/ ١٣، والاختيار ٤/ ١٦٨، وابن =

= عابدين ٥/ ٣١، والقوانين الفقهية/ ٤٤٢، ٤٤٤، وحاشية البناني على هامش الزرقاني ٧/ ٤٥، وأسنى المطالب ١/ ٧٤، والشرواني ١/ ٢٣٠، ٢٣١، والآداب الشرعية ٣/ ٣٣٧

(١) ابن عابدين ١/ ٢٣٠، وجواهر الإكليل ١/ ١٨، والقليوبي ١/ ٣٨، ٤١، ٤٢، ونيل المآرب ١/ ٥٦

(٢) الاختيار ٤/ ١٦٦، جواهر الإكليل ١/ ٣٢٦، والقليوبي ٤/ ٢٣٥، الآداب الشرعية ٣/ ٤٤٠ ـ ٤٤٦

إلا بإذنهم، وذهب لبعض الآخر في رأي آخر إلى أنه لا يحرم دخولها بغير إذنهم. وذهب الحنابلة إلى أن للمسلم دخول بيعة وكنيسة ونحوهما والصلاة في ذلك، وعن أحمد يكره إن كان ثم صورة، وقيل مطلقاً، ذكر ذلك في الرعاية، وقال في المستوعب: وتصح صلاة الفرض في الكنائس والبيع مع الكراهة، وقال ابن تميم: لا بأس بدخول البيع والكنائس التي لا صور فيها، والصلاة فيها. وقال ابن عقيل: يكره كالتي فيها صور، وحكى في الكراهة روايتين. وقال في الشرح: لا بأس بالصلاة في الكنيسة النظيفة روي ذلك عن ابن عمر وأبي موسى وحكاه عن جماعة، وكره ابن عباس ومالك الصلاة في الكنائس لأجل الصور، وقال ابن عقيل: تكره الصلاة فيها لأنه كالتعظيم والتبجيل لها، وقيل: لأنه يضر بهم.[1]

ويكره دخول كنائسهم يوم نيروزهم ومهرجانهم. قال عمر رضي الله عنه: (لا تدخلوا على المشركين في كنائسهم يوم عيدهم، فإن السخطة تنزل عليهم).[2]

دخول البيوت:

١٣ - اتفق الفقهاء على أنه لا يجوز للمرء دخول بيت مسكون غير بيته إلا بعد الاستئذان والإذن له بالدخول، وفي ذلك تفصيل ينظر في مصطلح: (استئذان).

ثانياً: أحكام الدخول بالإطلاق الثاني (الوطء):

أثر الدخول في المهر:

١٤ - لا خلاف بين الفقهاء في أن من سمى مهرا لزمه بالدخول، لأنه تحقق به تسليم المبدل، وإن طلقها قبل الدخول لزمه نصفه، لقوله تعالى: ﴿وإن طلقتموهن من قبل أن تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم﴾[1]

وتفصيل ذلك في مصطلح: (مهر).

أثر الدخول في العدة:

١٥ - أجمع الفقهاء على أن الطلاق إذا كان بعد الدخول، فالعدة لغير الحامل ثلاثة قروء، أو ثلاثة أشهر على حسب الأحوال، لقوله تعالى: ﴿والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء﴾[2] وقوله تعالى: ﴿واللائي يئسن من المحيض من

---

(١) ابن عابدين ٥/ ٢٤٨، وجواهر الإكليل ١/ ٢٠٣، والقليوبي ٤/ ٢٣٥، والآداب الشرعية ٣/ ٤٤٠ - ٤٤١

(٢) الآداب الشرعية ٣/ ٤٤٢

(١) سورة البقرة/ ٢٣٧.

وانظر فتح القدير ٣/ ٢٣٤ ط دار إحياء التراث العربي، والاختيار ٣/ ١٠١، والقوانين الفقهية/ ٢٠٦، والدسوقي ٢/ ٣٠٠، ونيل الأوطار ٦/ ١٩٣، ١٩٥، ١٩٦

(٢) سورة البقرة/ ٢٢٨

نسائكم إن ارتبتم فعدتهن ثلاثة أشهر واللائي لم يحضن﴾ .[١]

وعدة الحامل وضع حملها لقوله تعالى : ﴿وأولات الأحمال أجلهن أن يضعن حملهن﴾[٢] وعدة المتوفى عنها زوجها أربعة أشهر وعشرة أيام لقوله تعالى : ﴿والذين يتوفون منكم ويذرون أزواجا يتربصن بأنفسهن أربعة أشهر وعشرا﴾ .[٣]

وإذا كان الطلاق قبل الدخول فلا عدة لقوله تعالى : ﴿يا أيها الذين آمنوا إذا نكحتم المؤمنات ثم طلقتموهن من قبل أن تمسوهن فما لكم عليهن من عدة تعتدونها﴾ .[٤] وتفصيل ذلك في مصطلح : (عدة) .[٥]

درء الحد

انظر : (شبهة ، حدود) .

---

(١) سورة الطلاق/ ٤

(٢) سورة الطلاق/ ٤

(٣) سورة البقرة/ ٢٣٤

(٤) سورة الأحزاب / ٤٩

(٥) الاختيار ٣/ ١٧٢ ، ١٧٣ ، والقوانين الفقهية/ ٢٣٤ ، ٢٣٥ ، والقليوبي ٤/ ٣٩ ، ونيل المآرب ٢/ ٢٧٢ ، ٢٧٣

دراهم

التعريف :

١ ـ الدراهم جمع درهم ، وهو لفظ معرب ، وهو نوع من النقد ضرب من الفضة كوسيلة للتعامل ، وتختلف أنواعه وأوزانه باختلاف البلاد التي تتداوله وتتعامل به .[١]

الألفاظ ذات الصلة :

أ ـ الدنانير :

٢ ـ الدنانير جمع دينار ، وهو معرب ، قال أبو منصور : دينار أصله أعجمي غير أن العرب تكلمت به فصار عربيا .

والدينار اسم للقطعة من الذهب المضروبة المقدرة بالمثقال .[٢] فهي تختلف عن الدراهم في أنها من الذهب في حين أن الدراهم من الفضة .

---

(١) لسان العرب والمصباح المنير والمعجم الوسيط والمغرب مادة : (درهم) .

(٢) لسان العرب ، والمصباح المنير ، والأموال لأبي عبيد/ ٦٢٩ ، وفتوح البلدان / ٤٥٦ ، ومقدمة ابن خلدون / ١٨٣

ب ـ النقد :

٣ ـ للنقد ثلاثة معان فيطلق على الحلول أي خلاف النسيئة، وعلى إعطاء النقد، وعلى تمييز الدراهم وإخراج الزيف منها، ويطلق النقد ويراد به ما ضرب من الدراهم والدنانير التي يتعامل بها الناس.[1]

ج ـ الفلوس :

٤ ـ الفلوس جمع فلس، وتطلق الفلوس ويراد بها ما ضرب من المعادن من غير الذهب والفضة، وصارت عرفا في التعامل وثمنا باصطلاح الناس.[2]

د ـ سكة :

٥ ـ السك : تضبيب الباب أو الخشب بالحديد.

والسكة : حديدة قد كتب عليها، ويضرب عليها الدراهم، وهي المنقوشة ثم نقل إلى أثرها وهي النقوش الماثلة على الدنانير والدراهم، ثم نقل إلى القيام على ذلك، وهي الوظيفة فصار علما عليها في عرف الدول، وتسمى الدراهم المضروبة سكة.[1]

الدرهم الإسلامي وكيفية تحديده وتقديره :

٦ ـ كانت الدراهم مضروبة قبل الإسلام متعددة مختلفة الأوزان، وكانت ترد إلى العرب من الأمم المجاورة فكانوا يتعاملون بها، لا باعتبار العدد بل بأوزان اصطلحوا عليها، وجاء الإسلام وأقرهم على هذه الأوزان كما جاء في قول النبي ﷺ : «الوزن وزن أهل مكة، والمكيال مكيال أهل المدينة».[2]

ولما احتاج المسلمون إلى تقدير الدرهم في الزكاة كان لابد من وزن محدد للدرهم يقدر النصاب على أساسه، فجمعت الدراهم المختلفة الوزن وأخذ الوسط منها، واعتبر هو الدرهم الشرعي، وهو الذي تزن العشرة منه سبعة مثاقيل من الذهب، فضربت الدراهم الإسلامية على هذا الأساس، وهذا أمر متفق عليه بين علماء المسلمين، فقهاء ومؤرخين،

---

(١) لسان العرب، والمصباح المنير ومغني المحتاج ١/ ٣٨٩، والمغني ٤/ ٥٤، والأحكام السلطانية لأبي يعلى ص١٧٩

(٢) لسان العرب والمصباح المنير والبدائع ٥/ ٢٣٩، والشرح الصغير ٤/ ١١٨ ط الحلبي، والأحكام السلطانية لأبي يعلى / ١٧٩

(١) لسان العرب، والمصباح المنير، والأحكام السلطانية لأبي يعلى ص١٨٤، والماوردي ص١٥٥، ومقدمة ابن خلدون / ١٨٣

(٢) حديث : «الوزن وزن أهل مكة، والمكيال مكيال أهل المدينة». أخرجه أبو داود (٣/ ٦٣٣ ـ ٦٣٤ ـ تحقيق عزت عبيد دعاس) من حديث ابن عمر، وصححه الدارقطني والنووي كما في التلخيص لابن حجر (٢/ ١٧٥ ـ ط شركة الطباعة الفنية).

لكنهم اختلفوا في العهد الذي تم فيه هذا التحديد ، فقيل إن ذلك تم في عهد عمر بن الخطاب رضي الله تعالى عنه ، وقيل إن ذلك تم في عهد بني أمية ، وسواء أكان ذلك تم في عهد عمر أم في عهد بني أمية فإن الدرهم الشرعي الذي استقر الأمر عليه هو الذي ضرب في عهد عبدالملك بن مروان وكان هو أساس التقادير الشرعية .

لكن الفقهاء والمؤرخين أثبتوا أن الدرهم الشرعي لم يبق على الوضع الذي استقر عليه الإجماع في عهد عبدالملك ، بل أصابه تغيير كبير في الوزن والعيار من بلد إلى بلد ، وصار أهل كل بلد يستخرجون الحقوق الشرعية من نقودهم بمعرفة النسبة التي بينها وبين مقاديرها الشرعية إلى أن قيل : يفتى في كل بلد بوزنهم .[1]

ونشأ من ذلك اضطراب في معرفة الأنصبة ، وهل تقدر بالوزن أو بالعدد؟ وأصبح الوصول إلى معرفة الدينار الشرعي المجمع عليه غاية تمنع هذا الاضطراب . وإلى عهد قريب لم يصل الفقهاء إلى معرفة ذلك حتى أثبت المؤرخ علي باشا مبارك ـ بواسطة استقراء النقود الإسلامية المحفوظة في دور الآثار بالدول الأجنبية ـ أن دينار عبد الملك بن مروان يزن ٤,٢٥ جرام من الذهب ، وبذلك يكون وزن الدرهم ٢,٩٧٥ جرام من الفضة .

وهذا هو الذي يعتبر معيارا في استخراج الحقوق الشرعية من زكاة ، ودية ، وتحديد صداق ، ونصاب سرقة ، وغير ذلك .[1]

من يتولى ضرب الدراهم :

٧ ـ ضرب الدراهم وظيفة ضرورية للدولة ، إذ بها يتميز الخالص من المغشوش بين الناس في النقود عند المعاملات ، ويتقى الغش بختم السلطان عليها بالنقوش المعروفة .[2] وقد قال الإمام أحمد في رواية جعفر بن محمد : لا يصلح ضرب الدراهم إلا في دار الضرب بإذن السلطان ، لأن الناس إن رخص لهم ركبوا العظائم ، فقد منع الإمام أحمد من الضرب بغير إذن السلطان لما فيه من الافتيات عليه .[3]

(١) فتوح البلدان للبلاذري / ٤٥١ إلى ٤٥٤ وهامش الأحكام السلطانية لأبي يعلى ١٧٥ ـ ١٧٨ والأحكام السلطانية للماوردي / ١٥٣ ـ ١٥٤ ، ومقدمة ابن خلدون / ١٨٣ ـ ١٨٤ ، والأموال لأبي عبيد / ٦٢٩ ـ ٦٣٠ ، وحاشية ابن عابدين ٢ / ٢٨ ـ ٣٠ ، وبدائع الصنائع ٢ / ١٦ ، والأبي شرح صحيح مسلم ٣ / ١٠٩ ، والمجموع ٥ / ٤٧٤ ـ ٤٧٦ تحقيق المطيعي ، ومغني المحتاج ١ / ٣٨٩ ، ونهاية المحتاج ٣ / ٨٤ ، والمغني ٣ / ٤ ط الرياض

(١) فقه الزكاة ١ / ٢٥٣ ، والخراج للدكتور الريس / ٣٥٢ ـ ٣٥٤

(٢) مقدمة ابن خلدون / ١٨٣

(٣) الأحكام السلطانية لأبي يعلى / ١٨١

وفي الروضة للنووي : يكره للرعية ضرب الدراهم وإن كانت خالصة ، لأن ضرب الدراهم من شأن الإمام .[1]

وذكر البلاذري أن عمر بن عبد العزيز أتي برجل يضرب على غير سكة السلطان فعاقبه وسجنه وأخذ حديده فطرحه في النار ، وحكى البلاذري أن عبد الملك بن مروان أخذ رجلا يضرب على غير سكة المسلمين فأراد قطع يده ثم ترك ذلك وعاقبه ، قال المطلب بن عبد الله بن حنطب : فرأيت من بالمدينة من شيوخنا حسنوا ذلك من فعله .[2]

حكم كسر الدراهم وقطعها :

٨ - اختلف الفقهاء في حكم كسر الدراهم وقطعها ، فذهب مالك وأحمد وأكثر فقهاء المدينة إلى كراهية ذلك مطلقا ، لحاجة ولغير حاجة ، لأنه من جملة الفساد في الأرض وينكر على فاعله ، وقد روي عن النبي ﷺ : « أنه نهى عن كسر سكة المسلمين الجائزة بينهم » .[3]

والكراهة عند الإمام أحمد للتحريم على ما جاء في رواية جعفر بن محمد ورواية المروزي ورواية حرب . وقد سئل عن كسر الدراهم ، فقال : هو عندي من الفساد في الأرض ، وكرهه كراهة شديدة . لكنه صرح في رواية أبي طالب أنها كراهة تنزيه ، قال أبو طالب : سألت أحمد عن الدراهم تقطع فقال : لا ، نهى النبي ﷺ عن كسر سكة المسلمين ، وقيل له : فمن كسره عليه شيء ؟ قال : لا ، ولكن قد فعل ما نهى عنه النبي ﷺ ، قال أبو يعلى : وقوله : لا شيء عليه ، معناه لا مأثم عليه .

وذهب أبو حنيفة وفقهاء العراق إلى أن كسرها غير مكروه .

وفصل قوم ، فقال الشافعي : إن كسرها لحاجة لم يكره له ، وإن كسرها لغير حاجة كره له ، لأن إدخال النقص على المال من غير حاجة سفه .

واعتبر ابن عبد البر حال البلد فقال : إن كراهة القطع محمول عندي على بلد لا يجوز فيه القطع ، ولا ينفق المقطوع من الدراهم نفاق الصحيح .

واعتبر ابن القاسم من المالكية قطع السكة مانعا من الشهادة ، وروى عنه ابن المواز : إلا أن يعذر بجهل ، وقال عنه العتبي : لا يجوز وإن كان جاهلا .

وقال سحنون : ليس قطع الدنانير والدراهم بجرحة .

---

(١) الروضة للنووي ٢ / ٢٥٨ ، والمجموع ٦ / ٦٨ .

(٢) فتوح البلدان للبلاذري عن عريب الوالدي / ٥٥٥ .

(٣) حديث : « نهى عن كسر سكة المسلمين الجائزة بينهم » أخرجه ابن ماجه (٢ / ٧٦١ - ط الحلبي) من حديث عبد الله بن مسعود ، ونقل المناوي في فيض القدير (٦ / ٣٤٦ - ط المكتبة التجارية) عن العراقي وعبد الحق الأشبيلي أنهما ضعفاه .

قال بعض الشيوخ : وهذا الاختلاف إنما هو إذا قطعها وهي وازنة فردها ناقصة والبلد لا تجوز فيه إلا وازنة ، وهي تجري فيه عددا بغير وزن ، فانتفع بما قطع منها ، وينفقها بغير وزن فتجرى مجرى الوازنة ، فلا خلاف في أن ذلك جرحة ، ولو قطعها وكان التبايع بها بالميزان فلا خلاف أن التبايع بها ليس بجرحة ، وإن كان عالما فذلك مكروه .

أما قطع الدراهم لصياغتها حليا للنساء ، فقد قال ابن القاسم وابن وهب : لا بأس أن يقطع الرجل الدنانير والدراهم حليا لبناته ونسائه .

وقد منع الإمام أحمد أن تقطع للصياغة ، قال في رواية بكر بن محمد - وقد سأله عن الرجل يقطع الدنانير والدراهم يصوغ منها - قال : لا تفعل ، في هذا ضرر على الناس ، ولكن يشتري تبرا مكسورا بالفضة .[1]

إنفاق الدراهم المغشوشة :

٩ - اختلف الفقهاء في إنفاق الدراهم المغشوشة .

فأجاز الحنفية الشراء بالدراهم الزائفة ولا يتعلق العقد بعينها ، بل يتعلق بجنس تلك الدراهم الزيوف إن كان البائع يعلم بحالها خاصة لأنه رضي بجنس الزيوف ، وإن كان البائع لا يعلم لا يتعلق العقد بجنس المشار إليه ، وإنما يتعلق بالجيد من نقد تلك البلد ، لأنه لم يرض إلا به إذا كان لا يعلم بحالها .

ويجيز المالكية ذلك بشرط أن تباع لمن لا يغش بها الناس بل لمن يكسرها ويجعلها حليا أو غيره . فإن باع لمن يغش به فسخ البيع .

وفي مغني المحتاج إن علم معيار الفضة في الدراهم المغشوشة صحت المعاملة بها معينة ، وفي الذمة اتفاقا ، وإن كان مجهولا ففيه أربعة أوجه ، أصحها الصحة مطلقا ، لأن المقصود رواجها وهي رائجة ، والحاجة المعاملة بها . ثم قال : ومن ملك دراهم مغشوشة كره له إمساكها بل يسبكها ويصفيها ، قال القاضي أبو الطيب : إلا إن كانت دراهم البلد مغشوشة فلا يكره إمساكها .

وعند الحنابلة إن كان الغش يخفى لم يجز التعامل بها رواية واحدة ، وإن كان ظاهرا ففي روايتين : المنع والجواز .[1]

وينظر تفصيل ذلك في : (صرف ، ربا ، غش) .

(١) الكافي لابن عبد البر ٢/ ٦٤٤ ، والتبصرة بهامش فتح العلي ١/ ٢١٩ ، والأحكام السلطانية للماوردي/ ١٥٥ - ١٥٦ ، والأحكام السلطانية لأبي يعلى/ ١٨٢ - ١٨٣ ، وفتوح البلدان للبلاذري/ ٤٥٥

(١) البدائع ٥/ ١٩٨ ، والشرح الصغير ٦/ ٢٢ ط الحلبي ، ومغني المحتاج ١/ ٣٩٠ ، والأحكام السلطانية لأبي يعلى/ ١٧٩ ، والمغني ٤/ ٥٧

مس المحدث للدراهم التي عليها شيء من القرآن:

١٠ ـ اختلف الفقهاء في حكم مس المحدث حدثا أصغر أو أكبر الدراهم التي عليها شيء من القرآن.

فأجاز ذلك المالكية وهو الأصح عند الشافعية، وفي وجه عند الحنابلة. وسبب الجواز أنه لا يقع عليها اسم المصحف فأشبهت كتب الفقه، ولأن في الاحتراز من ذلك مشقة، والحاجة تدعو إلى ذلك، والبلوى تعم فعفي عنه.

ومنع من ذلك الحنفية وهو مقابل الأصح عند الشافعية والوجه الثاني للحنابلة، لأن الدراهم التي عليها شيء من القرآن كالورقة التي كتب فيها قرآن.

وكره ذلك عطاء والقاسم والشعبي لأن القرآن مكتوب عليها.[1]

دخول الخلاء مع حمل الدراهم التي عليها اسم الله:

١١ ـ يكره عند جمهور الفقهاء (الحنفية والمالكية والشافعية) دخول الخلاء مع حمل الدراهم التي نقش عليها اسم الله أو شيء من القرآن، لكن قال الحنفية: إن اتخذ الإنسان لنفسه مبالا طاهرا في مكان طاهر لا يكره، وقال المالكية: إن كانت الدراهم مستورة بشيء أو خاف عليها الضياع جاز الدخول بها.

واختلفت الأقوال عند الحنابلة. فجاء في كشاف القناع أنه لا بأس بدخول الخلاء ومع الرجل الدراهم والدنانير عليها اسم الله، قال أحمد: أرجو أن لا يكون به بأس، وفي المستوعب إن إزالة ذلك أفضل، قال في تصحيح الفروع: ظاهر كلام كثير من الأصحاب أن حمل الدراهم ونحوها كغيرها في الكراهة. وذكر ابن رجب أن أحمد نص على كراهة ذلك في رواية إسحاق بن هانئ، وقال في الدراهم: إذا كان فيه اسم الله أو مكتوبا عليه قل هو الله أحد يكره أن يدخل اسم الله الخلاء.[1]

التصوير على الدراهم ونحوها من النقود:

١٢ ـ صرح الحنفية والشافعية بأن الصور التي على الدراهم والدنانير جائزة، وعلل الحنفية ذلك لصغرها وعلله الشافعية بأنها ممتهنة.

وينظر مصطلح: (تصوير) ف/ ٥٧ (ج ١٢/ ١٣٣).

---

(١) البدائع ١/ ٣٧، والهندية ١/ ٣٣٩، والدسوقي ١/ ١٢٥، والمجموع ٢/ ٧٠ ـ ٧١، ومغني المحتاج ١/ ٣٨، والمغني ١/ ١٤٨، والأحكام السلطانية لأبي يعلى ص ١٨٠.

(١) الفتاوى الهندية ٥/ ٣٢٣، والدسوقي ١/ ١٠٧، وأسنى المطالب ١/ ٤٦، وكشاف القناع ١/ ٥٩.

تقدير بعض الحقوق الشرعية بالدراهم :

حدد الإسلام مقادير معينة بالدراهم في بعض الحقوق الشرعية ومن ذلك :

أ ـ الزكاة :

١٣ ـ اتفق الفقهاء على أن نصاب الفضة الذي يجب فيه الزكاة مائتا درهم ، قال ابن قدامة : لا خلاف في ذلك بين علماء الإسلام . وقد بينته السنة وذلك في قوله ﷺ : «ليس فيما دون خمس أواق من الورق صدقة» .[1]

والأوقية أربعون درهما بغير خلاف ، فيكون ذلك مائتي درهم .

وأجمع العلماء على أن في مائتي درهم خمسة دراهم .[2]

وينظر التفصيل في : (زكاة) .

ب ـ الدية :

١٤ ـ ذهب جمهور الفقهاء (المالكية والشافعية والحنابلة) إلى أن الدية إن كانت من الفضة فإنها تقدر باثني عشر ألف درهم ، لما روي عن ابن عباس : «أن رجلا من بني عدي قتل ، فجعل النبي ﷺ ديته اثني عشر ألفا» .[1]

وذهب الحنفية إلى أن الدية بالدراهم تقدر بعشرة آلاف درهم ، لما روي عن عمر رضي الله عنه : «أن النبي ﷺ قضى بالدية في قتيل بعشرة آلاف درهم»[2] وهذا بالنسبة للرجل المسلم .[3]

وينظر تفصيل ذلك في : (ديات) .

ج ـ السرقة :

١٥ ـ حدد المالكية والحنابلة النصاب الذي يقطع به السارق بالنسبة للدراهم بثلاثة دراهم ، أو ما قيمته ثلاثة دراهم ، لما روى ابن عمر : «أن رسول الله ﷺ قطع في مجن ثمنه ثلاثة دراهم» .[4]

وحدد الحنفية النصاب بعشرة دراهم ،

---

(١) حديث : «ليس فيما دون خمس أواق من الورق صدقة» . أخرجه البخاري (الفتح ٣/ ٣٢٣ ـ ط السلفية) ، ومسلم (٢/ ٦٧٥ ـ ط الحلبي) من حديث أبي سعيد .

(٢) المغني ٣/ ٣ .

(١) حديث ابن عباس : «أن رجلا من بني عدي قتل فجعل النبي ﷺ ديته اثني عشر ألفا» أخرجه أبو داود (٤/ ٦٨١ ـ ٦٨٢ تحقيق عزت عبيد دعاس) ، وصوب النسائي وابن حبان وغيرهما إرساله ، كذا في نصب الراية للزيلعي (٤/ ٣٦١ ـ ط المجلس العلمي) .

(٢) حديث عمر : «أن النبي ﷺ قضى بالدية في قتيل بعشرة آلاف درهم» . أورده الزيلعي في نصب الراية (٤/ ٣٦٢ ـ ط المجلس العلمي) وقال : «غريب» يعني : أنه لا أصل له كما ذكر في مقدمة كتابه .

(٣) المغني ٧/ ٧٥٩ ـ ٧٦٠ ، والهداية ٤/ ١٧٨ .

(٤) حديث ابن عمر : «قطع رسول الله ﷺ في مجن ثمنه ثلاثة دراهم» . أخرجه البخاري (الفتح ١٢/ ٩٧ ـ ط السلفية) ، ومسلم (٣/ ١٣١٣ ـ ط الحلبي) .

واستدلوا بما روي عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن النبي ﷺ أنه قال: «لا يقطع السارق إلا في عشرة دراهم». [١]

أما الشافعية فقد قدروا نصاب السرقة بربع دينار أو ما قيمته ربع دينار، [٢] كما روت عائشة رضي الله عنها قالت: «كان رسول الله ﷺ يقطع السارق في ربع دينار فصاعدا». [٣]

وفي الموضوع تفصيلات كثيرة تنظر في: (سرقة).

د - المهر:

١٦ - اختلف الفقهاء هل يتقدر أقل الصداق أم لا؟

فذهب الحنفية والمالكية إلى أن أقل الصداق يتقدر بما تقطع فيه يد السارق، وذلك مقدر عند الحنفية بعشرة دراهم، وعند المالكية بثلاثة

(١) حديث: «لا يقطع السارق إلا في عشرة دراهم». أخرجه الدارقطني (٣/ ١٩٣ - ط دار المحاسن) من حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده. ونقل الزيلعي في نصب الراية (٣/ ٣٥٩ - ط المجلس العلمي) عن ابن عبد الهادي في التنقيح أنه أعله بعدم سماع الزهري من عمرو بن شعيب منه.

(٢) البدائع ٧/ ٧٧، وجواهر الإكليل ٢/ ٢٩٠، والمهذب ٢/ ٢٧٨، والمغني ٨/ ٢٤٢

(٣) حديث عائشة: «كان يقطع السارق في ربع دينار فصاعدا». أخرجه البخاري (الفتح ١٢/ ٩٦ - ط السلفية)، ومسلم (٣/ ١٣١٢ - ط الحلبي)، واللفظ لمسلم

دراهم، واستدل الحنفية بما روي عن جابر رضي الله عنه أنه قال: لا مهر دون عشرة.

وعند الشافعية والحنابلة لا حد لأقله. [١]

وينظر تفصيل ذلك في: (صداق).

اعتبار وزن الدرهم الشرعي في الحقوق الشرعية المقدرة بالدراهم:

١٧ - ما حدده الإسلام في الحقوق الشرعية مقدرا بالدراهم، كالزكاة، والدية، ونصاب السرقة، وغير ذلك يعتبر في هذا التقدير الوزن دون العدد باتفاق الفقهاء.

وإنما اعتبر الوزن في الدراهم دون العدد، لأن الدرهم اسم للموزون، لأنه عبارة عن قدر من الموزون مشتمل على جملة موزونة من الدوانيق والحبات، حتى لو كان وزنها دون المائتين وعددها مائتان، أو قيمتها لجودتها وصياغتها تساوي مائتين فلا زكاة فيها. [٢]

واعتبار الوزن في الدراهم إنما هو في الحقوق المقدرة من قبل الشرع، أما المعاملات التي تتم بين الناس من بيع وشراء، وإجارة، وقرض، ورهن، وغير ذلك فلا يشترط فيها ذلك، وإنما

(١) البدائع ٢/ ٢٧٥ - ٢٧٦، والشرح الصغير ٢/ ٤٠٩ ط الحلبي، والمهذب ٢/ ٥٩، والمغني ٦/ ٦٨٠

(٢) بدائع الصنائع ٢/ ١٦، وابن عابدين ٢/ ٢٨ - ٢٩، والمجموع للنووي ٥/ ٤٧٨ تحقيق المطيعي، والمغني ٣/ ٢

يجري فيه ما يتعامل به الناس، وكذلك يقول ابن عابدين: إذا أطلق الدرهم في العقد انصرف إلى المتعارف، وكذلك إذا أطلق الواقف.(١)

وينظر تفصيل ذلك في أبوابها.

ما يجوز التصرف فيه بالدراهم وما لا يجوز:

١٨ - يختلف الفقهاء في بعض التصرفات، هل يجوز التصرف فيها بالدراهم أو لا يجوز؟ ومن ذلك مثلا: إجارة الدراهم، أو رهنها، أو وقفها على الإقراض، أو على القراض (المضاربة) أو غير ذلك.

ففي الوقف مثلا يقول ابن قدامة: ما لا يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه كالدنانير والدراهم لا يصح وقفه في قول عامة الفقهاء وأهل العلم.

وأجاز مالك وبعض الشافعية وقفها.(٢)

وينظر تفصيل ذلك في أبوابها.

دردي الخمر

انظر: أشربة

درك

انظر: ضمان الدرك

---

(١) ابن عابدين ٢/ ٣٠٢

(٢) المغني ٥/ ٦٤٠، وجواهر الإكليل ٢/ ٢٠٥، والمهذب ١/ ٤٤٧

دعاء

التعريف :

١ - الدعاء لغة مصدر دعوت الله أدعوه دعاء ودعوى ، أي ابتهلت إليه بالسؤال ورغبت فيما عنده من الخير . وهو بمعنى النداء يقال : دعا الرجل دعوا ودعاء أي : ناداه ، ودعوت فلانا صحت به واستدعيته ، ودعوت زيدا ناديته وطلبت إقباله . ودعا المؤذن الناس إلى الصلاة فهو داعي الله ، والجمع : دعاة وداعون . ودعاه يدعوه دعاء ودعوى : أي : رغب إليه ، ودعا زيد : استعانه ، ودعا إلى الأمر : ساقه إليه .[1]

والدعاء في الاصطلاح : الكلام الإنشائي الدال على الطلب مع الخضوع ، ويسمى أيضا سؤالا .[2]

وقد قال الخطابي : حقيقة الدعاء استدعاء العبد من ربه العناية واستمداده إياه المعونة ، وحقيقته إظهار الافتقار إليه ، والبراءة من الحول والقوة التي له ، وهو سمة العبودية وإظهار الذلة البشرية ، وفيه معنى الثناء على الله ، وإضافة الجود والكرم إليه .[1]

٢ - وقد ورد في القرآن الكريم بمعان منها :

أ - الاستغاثة : كما في قوله تعالى : ﴿قل أرأيتكم إن أتاكم عذاب الله أو أتتكم الساعة أغير الله تدعون إن كنتم صادقين . بل إياه تدعون فيكشف ما تدعون إليه إن شاء وتنسون ما تشركون﴾ .[2]

ب - العبادة : كما في قوله تعالى : ﴿إن الذين تدعون من دون الله عباد أمثالكم﴾ .[3] وقوله تعالى : ﴿واصبر نفسك مع الذين يدعون ربهم بالغداة والعشي﴾ .[4] وقوله تعالى : ﴿لن ندعو من دونه إلها لقد قلنا إذاً شططا﴾ .[5]

ج - النداء : ومنه قوله تعالى : ﴿يوم يدعوكم فتستجيبون بحمده﴾ .[6] وقوله : ﴿قالت إن أبي يدعوك ليجزيك أجر ما سقيت لنا﴾ .[7]

د - الطلب والسؤال من الله : وهو المراد هنا كما في قوله تعالى : ﴿وإذا سألك عبادي عني فإني

---

(١) لسان العرب المحيط ، وتاج العروس ، والمصباح المنير .
(٢) قواعد الفقه للبركتي .

---

(١) إتحاف السادة المتقين بشرح إحياء علوم الدين ٥ / ٢٧ - ٢٨ دار الفكر .
(٢) سورة الأنعام ٤٠ - ٤١
(٣) سورة الأعراف / ١٩٤
(٤) سورة الكهف / ٢٨
(٥) سورة الكهف / ١٤
(٦) سورة الإسراء / ٥٢
(٧) سورة القصص / ٢٥

قريب أجيب دعوة الداع إذا دعان﴾.[1]

وقوله تعالى: ﴿وقال ربكم ادعوني أستجب لكم﴾.[2]

ويوافق هذا المعنى ما يقال: دعوت الله أدعوه دعاء، أي ابتهلت إليه بالسؤال، ورغبت فيما عنده من الخير. والداعي اسم الفاعل من الدعاء، والجمع دعاة، وداعون، مثل قاض وقضاة وقاضون.[3]

الألفاظ ذات الصلة:

أ ـ الاستغفار:

٣ ـ الاستغفار في اللغة طلب المغفرة بالقول والفعل. وفي اصطلاح الفقهاء أيضا يستعمل في ذلك المعنى.

والمغفرة في الأصل الستر، والمراد بالاستغفار طلب التجاوز عن الذنب. فالمستغفر يطلب من الله تعالى المغفرة، أي عدم المؤاخذة بالذنب والتجاوز عنه.[4] قال تعالى: ﴿والذين إذا فعلوا فاحشة أو ظلموا أنفسهم ذكروا الله فاستغفروا لذنوبهم﴾.[5]

والنسبة بين الاستغفار والدعاء العموم والخصوص المطلق، فكل استغفار دعاء، وليس كل دعاء استغفارا.[1]

ب ـ الذكر:

٤ ـ الذكر هو التلفظ بالشيء وإحضاره في الذهن بحيث لا يغيب عنه.[2]

وذكر الله بالمعنى الأعم شامل للدعاء وغيره. وبالمعنى الأخص الذي هو تمجيد الله وتقديسه وذكر أسمائه الحسنى وصفاته العليا مباين للدعاء. وانظر مصطلح: (ذكر).

حكم الدعاء:

٥ ـ قال النووي: إن المذهب المختار الذي عليه الفقهاء والمحدثون وجماهير العلماء من الطوائف كلها من السلف والخلف أن الدعاء مستحب.[3]

وقد يكون الدعاء واجبا كالدعاء الذي تضمنته سورة الفاتحة أثناء الصلاة، وكالدعاء الوارد في صلاة الجنازة، وكالدعاء في خطبة الجمعة عند بعض الفقهاء. (ر: صلاة، صلاة الجنازة، خطبة)

---

(١) سورة البقرة / ١٨٦

(٢) سورة غافر / ٦٠

(٣) لسان العرب المحيط، والمصباح المنير

(٤) البحر المحيط ٥/ ٢٠١ طبع مطبعة السعادة.

(٥) سورة آل عمران / ١٣٥

---

(١) مدارج السالكين ١/ ٣٠٨ طبع السنة المحمدية، ومرقاة المفاتيح شرح مشكاة المصابيح ٣/ ١٠٠، وشرح ثلاثيات مسند أحمد ٢/ ٩٠٣

(٢) قواعد الفقه للبركتي

(٣) الأذكار ص ٦٠٨ تحقيق محي الدين

ثم هل الأفضل الدعاء أم السكوت والرضا بما سبق به القدر؟

نقل النووي عن القشيري قوله: اختلف الناس في أن الأفضل الدعاء أم السكوت والرضا؟ فمنهم من قال: الدعاء عبادة لقوله ﷺ: «الدعاء هو العبادة».[1] ولأن الدعاء إظهار الافتقار إلى الله تعالى.

وقالت طائفة: السكوت تحت جريان الحكم أتم، والرضا بما سبق به القدر أولى.

وقال قوم: يكون صاحب دعاء بلسانه ورضا بقلبه ليأتي بالأمرين جميعا.[2]

فضل الدعاء:

٦ - ورد في فضل الدعاء نصوص كثيرة من الكتاب والسنة نورد بعضها فيما يلي:

قال تعالى: ﴿وإذا سألك عبادي عني فإني قريب أجيب دعوة الداع إذا دعان فليستجيبوا لي وليؤمنوا بي لعلهم يرشدون﴾[3]

ومعنى القرب هنا كما نقل عن الزركشي، أنه إذا أخلص في الدعاء، واستغرق في

(١) حديث: «الدعاء هو العبادة» أخرجه أبو داود (٢/ ١٦١ - تحقيق عزت عبيد دعاس) والترمذي (٥/ ٤٥٦ - ط الحلبي) من حديث النعمان بن بشير وقال الترمذي: «حديث حسن صحيح».

(٢) الأذكار ص ٣٠٦

(٣) سورة البقرة/ ١٨٦

معرفة الله، امتنع أن يبقى بينه وبين الحق واسطة، وذلك هو القرب.[1]

وقال تعالى: ﴿ادعوا ربكم تضرعا وخفية إنه لا يحب المعتدين﴾[2]

وقال تعالى: ﴿قل ادعوا الله أو ادعوا الرحمن أيا ما تدعوا فله الأسماء الحسنى﴾.[3]

وقال تعالى: ﴿وقال ربكم ادعوني أستجب لكم إن الذين يستكبرون عن عبادتي سيدخلون جهنم داخرين﴾.[4]

وروى النعمان بن بشير عن النبي ﷺ أنه قال: «إن الدعاء هو العبادة».[5] ثم قرأ: ﴿ادعوني أستجب لكم﴾ الآية.

وقال ﷺ: «الدعاء مخ العبادة»[6]

وقال ﷺ: «إن الله حيي كريم يستحي إذا رفع الرجل إليه يديه أن يردهما صفرا خائبتين».[7]

وروى أبو هريرة أنه ﷺ قال: «ليس شيء

(١) إتحاف السادة المتقين ٥/ ٢٨

(٢) سورة الأعراف/ ٥٥

(٣) سورة الإسراء/ ١١٠

(٤) سورة غافر/ ٦٠

(٥) حديث: «إن الدعاء هو العبادة» سبق تخريجه ف/ ٥

(٦) حديث: «الدعاء مخ العبادة» أخرجه الترمذي (٥/ ٤٥٦ ط الحلبي) من حديث أنس بن مالك، وقال: «هذا حديث غريب».

(٧) حديث: «إن الله حيي كريم يستحي إذا رفع الرجل إليه يديه...» أخرجه الترمذي (٥/ ٥٥٧ - ط الحلبي) من حديث سلمان، وقال: «حديث حسن غريب».

أكرم على الله عز وجل من الدعاء»[1].

وقال ﷺ: «ما على الأرض مسلم يدعو الله بدعوة إلا آتاه الله إياها أو صرف عنه من السوء مثلها ما لم يدع بإثم أو قطيعة رحم»[2].

وقال ﷺ: «سلوا الله تعالى من فضله، فإنه تعالى يحب أن يسأل، وأفضل العبادة انتظار الفرج»[3].

أثر الدعاء:

٧ - الدعاء عبادة، وله أثر بالغ وفائدة عظيمة، ولولا ذلك لم يأمرنا الحق عز وجل بالدعاء ولم يرغب النبي ﷺ فيه. فكم رفعت محنة بالدعاء، وكم من مصيبة أو كارثة كشفها الله بالدعاء، وقد أورد القرآن الكريم جملة من الأدعية ستجابها الله تعالى بمنه وفضله وكرمه، وكان من جملة أسباب النصر في بدر دعاء النبي ﷺ.

(١) حديث: «ليس شيء أكرم على الله من الدعاء» أخرجه الترمذي (٥/ ٤٥٥ - ط الحلبي) وقال ابن القطان: «رواته كلهم ثقات، وما موضع في إسناده ينظر فيه إلا عمران، وفيه خلاف» كذا في فيض القدير (٥/ ٣٦٦ ط المكتبة التجارية).

(٢) حديث: «ما على الأرض مسلم يدعو الله بدعوة» أخرجه الترمذي (٥/ ٥٦٦ - ط الحلبي) من حديث عبادة بن الصامت، وقال: «حسن صحيح».

(٣) حديث: «سلوا الله تعالى من فضله» أخرجه الترمذي (٥/ ٥٦٥ - ط الحلبي) من حديث عبد الله بن مسعود، وقال الترمذي: «هكذا روى حماد بن واقد هذا الحديث، وليس بالحافظ» (وانظر إتحاف السادة المتقين مع الإحياء ٥/ ٣٠).

والدعاء سبب أكيد لغفران المعاصي، ولرفع الدرجات، ولجلب الخير ودفع الشر.

ومن ترك الدعاء فقد سد على نفسه أبوابا كثيرة من الخير.

وقال الغزالي: فإن قلت: فما فائدة الدعاء والقضاء لا مرد له؟

فاعلم أن من القضاء رد البلاء بالدعاء، فالدعاء سبب لرد البلاء واستجلاب الرحمة. كما أن الترس سبب لرد السهام، والماء سبب لخروج النبات من الأرض، فكما أن الترس يدفع السهم فيتدافعان، فكذلك الدعاء والبلاء يتعالجان.

وليس من شرط الاعتراف بقضاء الله تعالى أن لا يحمل السلاح، وقد قال تعالى: ﴿وليأخذوا حذرهم وأسلحتهم﴾[1] كما أنه ليس من شرطه أن لا يسقي الأرض بعد بث البذر، فيقال: إن سبق القضاء بالنبات نبت البذر وإن لم يسبق لم ينبت، بل ربط الأسباب بالمسببات هو القضاء الأول الذي هو كلمح البصر أو هو أقرب، وترتيب تفصيل المسببات على تفاصيل الأسباب على التدريج والتقدير هو القدر، والذي قدر الخير قدره بسبب، والذي قدر الشر قدر لرفعه سببا، فلا تناقض بين هذه الأمور عند من انفتحت بصيرته.

(١) سورة النساء / ١٠٢.

ثم في الدعاء من الفائدة أنه يستدعي حضور القلب مع الله وهو منتهى العبادات، ولذلك قال ﷺ: «الدعاء مخ العبادة». [1]

والغالب على الخلق أن لا تنصرف قلوبهم إلى ذكر الله عز وجل إلا عند إلمام حاجة وإرهاق ملمة، فإن الإنسان إذا مسه الشر فذو دعاء عريض.

فالحاجة تحوج إلى الدعاء، والدعاء يرد القلب إلى الله عز وجل بالتضرع والاستكانة، فيحصل به الذكر الذي هو أشرف العبادات. ولذلك صار البلاء موكلا بالأنبياء عليهم السلام، ثم الأولياء، ثم الأمثل فالأمثل، لأنه يرد القلب بالافتقار والتضرع إلى الله عز وجل، ويمنع من نسيانه، وأما الغنى فسبب للبطر في غالب الأمور، فإن الإنسان ليطغى أن رآه استغنى. [2]

وقال الخطابي: فإن قيل فما تأويل قوله تعالى: ﴿ادعوني أستجب لكم﴾[3] وهو وعد من الله يلزم الوفاء به، ولا يجوز وقوع الخلف فيه؟ قيل هذا مضمر فيه المشيئة، كقوله تعالى: ﴿بل إياه تدعون فيكشف ما تدعون إليه إن شاء﴾[4]

(1) حديث: «الدعاء مخ العبادة» سبق تخريجه ف / ٦

(2) إحياء علوم الدين ١/ ٣٣٦ - ٣٣٧، ٣٣٩ ط الاستقامة بالقاهرة.

(3) سورة غافر / ٦٠

(4) سورة الأنعام / ٤١

وقد يرد الكلام بلفظ عام مراده خاص، وإنما يستجاب من الدعاء ما وافق القضاء، ومعلوم أنه لا تظهر لكل داع استجابة دعائه، فعلمت أنه إنما جاء في نوع خاص منه بصفة معلومة. وقد قيل: معنى الاستجابة: أن الداعي يعوض من دعائه عوضا ما، فربما كان ذلك إسعافا بطلبته التي دعا لها، وذلك إذا وافق القضاء، فإن لم يساعده القضاء، فإنه يعطى سكينة في نفسه، وانشراحا في صدره، وصبرا يسهل معه احتمال ثقل الواردات عليه، وعلى كل حال فلا يعدم فائدة دعائه، وهو نوع من الاستجابة. [1]

آداب الدعاء:

٨ - أ - أن يكون مطعم الداعي ومسكنه وملبسه وكل ما معه حلالا. [2] بدليل ما ورد عن أبي هريرة رضي الله عنه قال: قال رسول الله ﷺ: «أيها الناس: إن الله تعالى طيب لا يقبل إلا طيبا، وإن الله أمر المؤمنين بما أمر به المرسلين، فقال تعالى: ﴿يا أيها الرسل كلوا من الطيبات واعملوا صالحا﴾[3] وقال تعالى: ﴿يا أيها الذين

(1) شأن الدعاء للخطابي ص١٦ - ١٢ دمشق دار المأمون للتراث.

(2) إحياء علوم الدين للغزالي ١/ ٣٠٣ وما بعدها، والبركة في فضل السعي والحركة ٣/ ٤ وما بعدها، تحفة الذاكرين ص٣٤ وما بعدها

(3) سورة المؤمنون / ٥١

آمنوا كلوا من طيبات ما رزقناكم﴾[1] ثم ذكر الرجل يطيل السفر أشعث أغبر يمد يديه إلى السماء: يا رب، يا رب، ومطعمه حرام، ومشربه حرام، وملبسه حرام، وغُذي بالحرام، فأنى يستجاب لذلك»[2].

أن يترصد لدعائه الأوقات الشريفة كيوم عرفة من السنة، ورمضان من الأشهر، ويوم الجمعة من الأسبوع، ووقت السحر من ساعات الليل. قال تعالى: ﴿وبالأسحار هم يستغفرون﴾[3] وقال ﷺ: «ينزل الله تعالى كل ليلة إلى السماء الدنيا حين يبقى ثلث الليل الآخر فيقول: من يدعوني فأستجيب له، من يسألني فأعطيه، من يستغفرني فأغفر له»[4].

أن يغتنم الأحوال الشريفة. قال أبو هريرة رضي الله عنه: إن أبواب السماء تفتح عند زحف الصفوف في سبيل الله تعالى، وعند نزول الغيث، وعند إقامة الصلوات المكتوبة، فاغتنموا الدعاء فيها. وقال مجاهد: إن الصلاة جعلت في خير الساعات فعليكم بالدعاء خلف الصلوات. وقال ﷺ: «لا يرد الدعاء بين الأذان والإقامة»[1] وقال ﷺ أيضاً: «الصائم لا ترد دعوته»[2].

وبالحقيقة يرجع شرف الأوقات إلى شرف الحالات أيضاً، إذ وقت السحر وقت صفاء القلب وإخلاصه وفراغه من المشوشات، ويوم عرفة ويوم الجمعة وقت اجتماع الهمم وتعاون القلوب على استدرار رحمة الله عز وجل، فهذا أحد أسباب شرف الأوقات سوى ما فيها من أسرار لا يطلع البشر عليها، وحالة السجود أيضاً أجدر بالإجابة. قال أبو هريرة رضي الله عنه: قال النبي ﷺ: «أقرب ما يكون العبد من ربه عز وجل وهو ساجد فأكثروا الدعاء»[3].

وروى ابن عباس رضي الله عنهما عن النبي ﷺ أنه قال: «إني نهيت أن أقرأ القرآن راكعاً أو ساجداً، فأما الركوع فعظموا فيه الرب تعالى، وأما السجود فاجتهدوا في الدعاء فقَمِنٌ

---

(١) سورة البقرة: ١٧٢

(٢) حديث: «أيها الناس إن الله طيب لا يقبل إلا طيباً» أخرجه مسلم (٢/ ٧٠٣ ـ ط الحلبي).

(٣) سورة الذاريات: ١٨

(٤) حديث: «ينزل الله كل ليلة إلى السماء الدنيا...» أخرجه البخاري (الفتح ٣/ ٢٩ ـ ط السلفية) ومسلم (١/ ٥٢١ ـ ط الحلبي) من حديث أبي هريرة.

---

(١) حديث: «لا يرد الدعاء بين الأذان والإقامة» أخرجه أبو داود (١/ ٣٥٨ ـ ٣٥٩ ـ تحقيق عزت عبيد دعاس) من حديث أنس بن مالك، وصححه ابن حجر كما في الفتوحات الربانية (٢/ ١٣٥ ـ ط المنيرية).

(٢) حديث: «الصائم لا ترد دعوته» أخرجه الترمذي (٥/ ٥٧٨ ـ ط الحلبي) من حديث أبي هريرة، وقال: حديث حسن.

(٣) حديث: «أقرب ما يكون العبد من ربه وهو ساجد» أخرجه مسلم (١/ ٣٥٠ ـ ط الحلبي).

أن يستجيب لكم».(١)

د ـ أن يدعو مستقبل القبلة ويرفع يديه بحيث يرى بياض إبطيه. روى جابر بن عبد الله أن رسول الله ﷺ أتى الموقف بعرفة واستقبل القبلة ولم يزل يدعو حتى غربت الشمس.(٢) وقال سلمان: قال رسول الله ﷺ: «إن ربكم حيي كريم يستحي من عبده إذا رفع يديه إليه أن يردهما صفرا»(٣) وروى أنس أنه رأى رسول الله ﷺ يرفع يديه في الدعاء حتى يرى بياض إبطيه.(٤)

هـ ـ أن يمسح بهما وجهه في آخر الدعاء. قال عمر رضي الله عنه: «كان رسول الله ﷺ إذا مد يديه في الدعاء لم يردهما حتى يمسح بهما وجهه».(٥) وقال ابن عباس: «كان ﷺ إذا دعا

(١) حديث: «إني نهيت أن أقرأ القرآن راكعا». أخرجه مسلم (١/ ٣٤٨ ـ ط الحلبي)

(٢) حديث جابر: «أن رسول الله ﷺ أتى الموقف بعرفة». أخرجه مسلم (٢/ ٨٩٠ ـ ط الحلبي) دون قوله: «يدعو» نعم أخرجه من حديث أسامة بن زيد النسائي (٥/ ٢٥٤ ـ ط المكتبة التجارية)، وقال العراقي: رجاله ثقات. كذا في تخريجه لأحاديث إحياء علوم الدين (١/ ٣١٣ ـ ط الحلبي)

(٣) حديث: «إن ربكم حيي كريم يستحي من عبده إذا رفع يديه...» سبق تخريجه ف/ ٦

(٤) حديث أنس: «أنه رأى رسول الله ﷺ يرفع يديه في الدعاء». أخرجه مسلم (٢/ ٦١٢ ـ ط الحلبي)

(٥) حديث: «كان رسول الله ﷺ إذا مد يديه في الدعاء لم يردهما». أخرجه الترمذي (٥/ ٤٦٤ ـ ط الحلبي) وضعفه العراقي في تخريج إحياء علوم الدين (١/ ٣١٣).

ضم كفيه وجعل بطونهما مما يلي وجهه».(١)

فهذه هيئات اليد، ولا يرفع بصره إلى السماء. قال ﷺ: «لينتهين أقوام عن رفعهم أبصارهم عند الدعاء في الصلاة إلى السماء أو لتخطفن أبصارهم».(٢)

و ـ خفض الصوت بين المخافتة والجهر لقوله عز وجل: ﴿ادعوا ربكم تضرعا وخفية﴾،(٣) ولما روي أن أبا موسى الأشعري قال: قدمنا مع رسول الله فلما دنونا من المدينة كبّر وكبّر الناس ورفعوا أصواتهم، فقال النبي ﷺ: «يا أيها الناس: اربعوا على أنفسكم، إنكم ليس تدعون أصم ولا غائبا، إنكم تدعون سميعا قريبا، والذي تدعون أقرب إلى أحدكم من عنق راحلة أحدكم»(٤) وقالت عائشة رضي الله عنها في قوله عز وجل: ﴿ولا تجهر بصلاتك

(١) حديث: «كان ﷺ إذا دعا ضم كفيه وجعل بطونهما...». أخرجه الطبراني (١١/ ٤٣٥ ـ ط وزارة الأوقاف العراقية) وضعف إسناده العراقي في تخريجه لإحياء علوم الدين (١/ ٣١٣ ـ ط الحلبي) ولكن له شواهد تقويه

(٢) حديث: «لينتهين أقوام عن رفعهم أبصارهم» أخرجه مسلم (١/ ٣٢١ ـ ط الحلبي) من حديث أبي هريرة.

(٣) سورة الأعراف/ ٥٥

(٤) حديث: «يا أيها الناس، اربعوا على أنفسكم، إنكم ليس تدعون أصم ولا غائبا، إنكم تدعون سميعا قريبا، والذي تدعون أقرب إلى أحدكم من عنق راحلة أحدكم» أخرجه البخاري (الفتح ٦/ ١٣٥ ـ ط السلفية) ومسلم (٤/ ٢٠٧٦ ـ ٢٠٧٧ ـ ط الحلبي) واللفظ لمسلم

ولا تخافت بها﴾[1] أي بدعائك، وقد أثنى الله عز وجل على نبيه زكريا عليه السلام حيث قال: ﴿إذ نادى ربه نداء خفيا﴾[2]

ز ـ أن لا يتكلف السجع في الدعاء فإن حال الداعي ينبغي أن يكون حال متضرع، والتكلف لا يناسبه. قال ﷺ: «سيكون قوم يعتدون في الدعاء»[3] وقد قال عز وجل: ﴿ادعوا ربكم تضرعا وخفية إنه لا يحب المعتدين﴾، وقيل معناه التكلف للأسجاع، والأولى أن لا يجاوز الدعوات المأثورة، فإنه قد يعتدي في دعائه فيسأل مالا تقتضيه مصلحته، فما كل أحد يحسن الدعاء، وللبخاري عن ابن عباس: «وانظر السجع من الدعاء فاجتنبه، فإني عهدت أصحاب رسول الله ﷺ لا يفعلون إلا ذلك»[4]

ح ـ التضرع والخشوع والرغبة والرهبة قال الله تعالى: ﴿إنهم كانوا يسارعون في الخيرات

(1) سورة الإسراء/ ١١٠

(2) سورة مريم/ ٣

(3) حديث: «سيكون قوم يعتدون في الدعاء». أخرجه ابن ماجه (٢/ ١٢٧١ ـ ط الحلبي) والحاكم (١/ ٥٤٠ ـ ط دائرة المعارف العثمانية) من حديث عبدالله بن مغفل، وصححه الحاكم ووافقه الذهبي.

(4) حديث ابن عباس: «انظر السجع في الدعاء فاجتنبه». أخرجه البخاري (الفتح ١١/ ١٣٨ ـ ط السلفية).

ويدعوننا رغبا ورهبا﴾[1] وقال عز وجل: ﴿ادعوا ربكم تضرعا وخفية﴾.

ط ـ أن يجزم الدعاء ويوقن بالإجابة. قال رسول الله ﷺ: «لا يقولن أحدكم اللهم اغفر لي إن شئت، اللهم ارحمني إن شئت، ليعزم المسألة فإنه لا مستكره له»[2] وقال رسول الله ﷺ: «وإذا دعا أحدكم فليعظم الرغبة فإن الله لا يتعاظمه شيء»[3] وقال ﷺ: «ادعوا الله وأنتم موقنون بالإجابة، واعلموا أن الله عز وجل لا يستجيب دعاء من قلب غافل»[4] وقال سفيان بن عيينة: لا يمنعن أحدكم من الدعاء ما يعلم من نفسه، فإن الله عز وجل أجاب دعاء شر الخلق إبليس لعنه الله إذ ﴿قال رب فأنظرني إلى يوم يبعثون قال فإنك من المنظرين﴾[5]

(1) سورة الأنبياء/ ٩٠

(2) حديث: «لا يقولن أحدكم اللهم اغفر لي إن شئت...». أخرجه البخاري (الفتح ١١/ ١٣٩ ـ ط السلفية) ومسلم (٤/ ٢٠٦٣ ـ ط الحلبي) من حديث أبي هريرة.

(3) حديث: «إذا دعا أحدكم فليعظم الرغبة فإن الله لا يتعاظمه شيء». أخرجه ابن حبان (الإحسان ٢/ ١٢٧ ـ ط دار الكتب العلمية) من حديث أبي هريرة، وأصله في صحيح مسلم (٤/ ٢٠٦٣ ـ ط الحلبي).

(4) حديث: «ادعوا الله وأنتم موقنون بالإجابة». أخرجه الترمذي (٥/ ١٧ ط الحلبي) والحاكم (١/ ٤٩٣ ـ ط دائرة المعارف العثمانية) من حديث أبي هريرة، وضعفه الذهبي بإسناد لضعف أحد رواته.

(5) سورة الحجر/ ٣٦

ي ـ أن يلح في الدعاء ويكرره ثلاثًا. قال ابن مسعود: كان عليه الصلاة والسلام إذا دعا دعا ثلاثًا، وإذا سأل سأل ثلاثًا.[1]

ك ـ أن لا يستبطئ الإجابة لقوله ﷺ: «يستجاب لأحدكم ما لم يعجل، يقول قد دعوت فلم يستجب لي. فإذا دعوت فاسأل الله كثيرًا فإنك تدعو كريمًا».[2]

ل ـ أن يفتتح الدعاء بذكر الله عز وجل وبالصلاة على رسول الله ﷺ بعد الحمد لله والثناء عليه، ويختمه بذلك كله أيضًا، لما ورد عن فضالة بن عبيد قال: سمع رسول الله ﷺ رجلًا يدعو في صلاته لم يحمد الله ولم يصلِّ على النبي ﷺ، فقال ﷺ: «عجل هذا» ثم دعاه، فقال له أو لغيره: «إذا صلى أحدكم فليبدأ بتحميد الله والثناء، ثم يصلي على النبي ﷺ، ثم يدعو بما شاء».[3] ودليل ختمه بذلك قول الله تعالى:

---

(١) حديث: «كان عليه السلام إذا دعا دعا ثلاثًا» أخرجه مسلم (٣/ ١٤١٨ ـ ط الحلبي) من حديث عبدالله بن مسعود.

(٢) حديث: «يستجاب لأحدكم ما لم يعجل» أخرجه البخاري (الفتح ١١/ ١٤٠ ـ ط السلفية) ومسلم (٤/ ٢٠٩٥ ـ ط الحلبي) من حديث أبي هريرة.

(٣) حديث: «إذا صلى أحدكم فليبدأ بتحميد الله...» أخرجه أبو داود (٢/ ١٦٢ ـ تحقيق عزت عبيد دعاس) وصححه ابن حجر كما في الفتوحات الربانية (٣/ ٦٢ ـ ط المنيرية).

﴿وآخر دعواهم أن الحمد لله رب العالمين﴾،[1] وأما الصلاة على النبي فلقوله ﷺ: «لا تجعلوني كقدح الراكب يجعل ماءه في قدحه، فإن احتاج إليه شربه، وإلا صبه. اجعلوني في أول كلامكم وأوسطه وآخره».[2]

م ـ وهو الأدب الباطن، وهو الأصل في الإجابة: التوبة ورد المظالم والإقبال على الله عز وجل بكنه الهمة، فذلك هو السبب القريب في الإجابة.

الدعاء مع التوسل بصالح العمل:

٩ ـ يستحب لمن وقع في شدة أن يدعو بصالح عمله، لحديث ابن عمر ـ رضي الله عنهما ـ قال: سمعت رسول الله ﷺ يقول: «انطلق ثلاثة نفر ممن كان قبلكم حتى أواهم المبيت إلى غار فدخلوه، فانحدرت صخرة من الجبل فسدت عليهم الغار، فقالوا: إنه لا ينجيكم من هذه الصخرة إلا أن تدعوا الله بصالح أعمالكم. فقال رجل منهم... ». الحديث بطوله وهو مذكور ضمن بحث (توسل ـ ف/ ٧)[3]

---

(١) سورة يونس/ ١٠

(٢) حديث: «لا تجعلوني كقدح الراكب...» أخرجه ابن النجار في ذيل تاريخ بغداد كما في كنز العمال (٢/ ٤٠٩ ـ ط الرسالة) من حديث جابر بن عبدالله.

(٣) حديث: «انطلق ثلاثة نفر ممن كان قبلكم» أخرجه البخاري (الفتح ٤/ ٤٤٩ ـ ط السلفية) ومسلم (٤/ ٢٠٩٩ ـ ط الحلبي). وانظر الأذكار ص ٦١٤ دار ابن كثير بدمشق.

تعميم الدعاء :

١٠ ـ يستحب تعميم الدعاء لقوله ﷺ لعلي كرم الله وجهه :[1] «يا علي عمم»[2] ولحديث : «من صلى صلاة لم يدع فيها للمؤمنين والمؤمنات فهي خداج»[3] وفي حديث آخر «أنه ﷺ سمع رجلا يقول : اللهم اغفر لي ، فقال : ويحك لو عممت لاستجيب لك»[4]

الاعتداء في الدعاء :

١١ ـ نهى الله تعالى عن الاعتداء في الدعاء بقوله : ﴿ادعوا ربكم تضرعا وخفية إنه لا يحب المعتدين﴾[5] وورد في حديث : «سيكون قوم يعتدون في الدعاء»[6]

قال القرطبي : المعتدي هو المجاوز للحد ومرتكب الحظر ، وقد يتفاضل بحسب ما يعتدي فيه ، ثم قال : والاعتداء في الدعاء على وجوه : منها الجهر الكثير والصياح ، ومنها أن يدعو أن تكون له منزلة نبي ، أو يدعو بمحال ونحو هذا من الشطط . ومنها أن يدعو طالبا معصية ، ونحو ذلك .[1]

وقال ابن عابدين : يحرم سؤال العافية مدى الدهر ، والمستحيلات العادية كنزول المائدة ، والاستغناء عن التنفس في الهواء ، أو ثمار من غير أشجار ، كما يحرم الدعاء بالمغفرة للكفار .[2]

الدعاء بالمأثور وغير المأثور :

١٢ ـ ذهب جمهور الفقهاء إلى جواز كل دعاء دنيوي وأخروي ، ولكن الدعاء بالمأثور أفضل من غيره .[3]

الدعاء في الصلاة

١٣ ـ قال الحنفية والحنابلة : يسن الدعاء في التشهد الأخير بعد الصلاة على النبي ﷺ بما يشبه ألفاظ القرآن ، أو بما يشبه ألفاظ السنة ، ولا يجوز له الدعاء بما يشبه كلام الناس كأن يقول : اللهم زوجني فلانة ، أو أعطني كذا من الذهب والفضة والمناصب .

وأما المالكية والشافعية فذهبوا إلى أنه : يسن

(١) كشاف القناع ١/ ٣٦٧

(٢) حديث : «يا علي عمم ...» أورده صاحب كشاف القناع (١/ ٣٦٥ ـ ط عالم الكتب) ولم يعزه لمصدر الذي خرجه ، ولم نهتد إليه في المصادر الموجودة بين أيدينا

(٣) حديث «من صلى صلاة لم يدع فيها للمؤمنين ...» لم نهتد إليه في المصادر الحديثية الموجودة بين أيدينا

(٤) حاشية ابن عابدين ١/ ٣٥٠ ط بولاق . وحديث «لو عممت لاستجيب لك» لم نهتد إليه في المصادر الحديثية الموجودة بين أيدينا

(٥) سورة الأعراف / ٥٥

(٦) حديث : «سيكون قوم يعتدون في الدعاء» سبق تخريجه ف / ٨ .

(١) تفسير القرطبي ٧/ ٢٢٦

(٢) حاشية ابن عابدين (١/ ٣٥٠ ط بولاق)

(٣) روضة الطالبين للنووي ١/ ٢٦٥ ، وأسنى المطالب ١/ ١٦٦

الدعاء بعد التشهد وقبل السلام بخيري الدين والدنيا ، ولا يجوز أن يدعو بشيء محرم أو مستحيل أو معلق ، فإن دعا بشيء من ذلك بطلت صلاته ، والأفضل أن يدعو بالمأثور .[1]

طلب الدعاء من أهل الفضل :

١٤ ـ يستحب طلب الدعاء من أهل الفضل وإن كان الطالب أفضل من المطلوب منه ،[2] فعن عمر بن الخطاب ـ رضي الله عنه ـ قال : استأذنت النبي ﷺ في العمرة ، فأذن ، وقال : «لا تنسنا يا أخيّ من دعائك»[3] فقال كلمة ما يسرني أن لي بها الدنيا .

فضل الدعاء بظهر الغيب :

١٥ ـ قال الله تعالى : ﴿والذين جاءوا من بعدهم يقولون ربنا اغفر لنا ولإخواننا الذين سبقونا بالإيمان﴾ .[4] وقال تعالى : ﴿واستغفر

(١) ابن عابدين ١/ ٣٥١ ، ونهاية المحتاج للرملي ١/ ٥١٤ ، ومواهب الجليل وكشاف القناع ١/ ٣٦٠ ـ ٣٦٦ ، وروضة الطالبين للنووي ١/ ٢٦٥ ، وأسنى المطالب ١/ ١٦٦ ، وحاشية الشرقاوي ١/ ٢١٦ ، والفتاوى الهندية ١/ ٧٢ ، والمغني لابن قدامة ١/ ٥٨٥ ، والدسوقي ١/ ٢٥٢ ، ٢٣٦ ، البدائع ١/ ٢١٣ ، الفيومي ١/ ١٦٨

(٢) الأذكار ص ٦١٥

(٣) حديث : «لا تنسنا يا أخيّ من دعائك» أخرجه أبو داود (٢/ ١٦٩ ـ تحقيق عزت عبيد دعاس) وفي إسناده راو ضعيف مترجم في ميزان الاعتدال للذهبي (٢/ ٣٥٣ ـ ٣٥٤ ـ ط الحلبي) .

(٤) سورة الحشر/ ١٠

لذنبك وللمؤمنين والمؤمنات﴾ .[1] وقال تعالى إخبارا عن إبراهيم ﷺ : ﴿ربنا اغفر لي ولوالدي وللمؤمنين يوم يقوم الحساب﴾[2] وقال تعالى إخبارا عن نوح ﷺ : ﴿رب اغفر لي ولوالدي ولمن دخل بيتي مؤمنا وللمؤمنين والمؤمنات﴾ .[3]

وعن أبي الدرداء ـ رضي الله عنه ـ أنه سمع رسول الله ﷺ يقول : «ما من عبد مسلم يدعو لأخيه بظهر الغيب إلا قال الملك ، ولك بمثل»[4] وفي رواية أخرى أن رسول الله ﷺ كان يقول : «دعوة المرء المسلم لأخيه بظهر الغيب مستجابة ، عند رأسه ملك موكل كلما دعا لأخيه بخير ، قال الملك الموكل به : آمين ، ولك بمثل» .[5]

وعن عبد الله بن عمرو بن العاص ـ رضي الله عنهما ـ أن رسول الله ﷺ قال : «إن أسرع الدعاء إجابة دعوة غائب لغائب» .[6]

(١) سورة محمد/ ١٩

(٢) سورة إبراهيم/ ٤١

(٣) سورة نوح/ ٢٨

(٤) حديث : «ما من عبد مسلم يدعو لأخيه بظهر الغيب . . .» أخرجه مسلم (٤/ ٢٠٩٤ ـ ط الحلبي) .

(٥) حديث : «دعوة المرء المسلم لأخيه بظهر الغيب مستجابة» . أخرجه مسلم (٤/ ٢٠٩٤ ـ ط الحلبي) .

(٦) حديث : «إن أسرع الدعاء إجابة دعوة غائب لغائب . . .» أخرجه أبو داود (٢/ ١٨٩ ـ تحقيق عزت عبيد دعاس) والترمذي (٤/ ٣٥٢ ـ ط الحلبي) وضعف الترمذي إسناده .

استحباب الدعاء لمن أحسن إليه :

١٦ ـ قال رسول الله ﷺ : «من صنع إليه معروف فقال لفاعله : جزاك الله خيرا ، فقد أبلغ في الثناء» .[1]

وقال عليه الصلاة والسلام : «من صنع إليكم معروفا فكافئوه ، فإن لم تجدوا ما تكافئونه فادعوا له حتى تروا أنكم قد كافأتموه» .[2]

الدعاء للذمي إذا فعل معروفا :

١٧ ـ قال النووي : اعلم أنه لا يجوز أن يدعى له (أي الذمي) بالمغفرة وما أشبهها مما لا يقال للكفار، لكن يجوز أن يدعى له بالهداية وصحة البدن والعافية وشبه ذلك .[3]

لما روي عن أنس ـ رضي الله عنه ـ قال : استسقى النبي ﷺ ، فسقاه يهودي ، فقال له النبي ﷺ : «جملك الله» فما رأى الشيب حتى مات .[4]

---

(١) حديث : «من صنع إليه معروف فقال لفاعله جزاك الله خيرا ...» أخرجه الترمذي (٤/ ٣٨٠ ـ ط الحلبي) من حديث أسامة بن زيد ، وقال : «حديث حسن جيد»

(٢) حديث : «من صنع إليكم معروفا فكافئوه» . أخرجه أبو داود (٢/ ٣١٠ ـ تحقيق عزت عبيد دعاس) والحاكم (١/ ٤١٢ ـ ط دائرة المعارف العثمانية) وصححه الحاكم ووافقه الذهبي

(٣) الأذكار ص ٤٩٦

(٤) حديث : «استسقى النبي ﷺ ، فسقاه يهودي» أخرجه ابن السني في عمل اليوم والليلة (ص ١٤٣ ـ ط دار البيان) وفيه راو ضعيف ترجم له الذهبي في «الميزان» (١/ ٣٢٧ ـ ط الحلبي).

دعاء الإنسان على من ظلمه أو ظلم المسلمين :

١٨ ـ قال الله تعالى : ﴿لا يحب الله الجهر بالسوء من القول إلا من ظلم﴾[1] قال القرطبي : الذي يقتضيه ظاهر الآية أن للمظلوم أن ينتصر من ظالمه ، ولكن مع اقتصاد إن كان الظالم مؤمنا ، كما قال الحسن ، وإن كان كافرا فأرسل لسانك وادع بما شئت من الهلكة وبكل دعاء ، كما فعل النبي ﷺ حيث قال : «اللهم اشدد وطأتك على مضر ، اللهم اجعلها عليهم سنين كسني يوسف» .[2] وقال : «اللهم عليك بفلان وفلان سماهم»[3] وإن كان مجاهرا بالظلم دعا عليه جهرا ، ولم يكن له عرض محترم ، ولا بدن محترم ، ولا مال محترم . وقد روى أبو داود عن عائشة قالت : سرق لها شيء فجعلت تدعو عليه . فقال النبي ﷺ : «لا تسبخي عنه» أي لا تخففي عنه العقوبة بدعائك عليه .[4]

---

(١) سورة النساء/ ١٤٨

(٢) حديث : «اللهم اشدد وطأتك على مضر» . أخرجه البخاري (الفتح ٢/ ٤٩٢ ـ ط السلفية) من حديث أبي هريرة .

(٣) حديث : «اللهم عليك بفلان وفلان» . أخرجه البخاري (الفتح ٦/ ١٠٦ ـ ط السلفية) من حديث عبد الله بن مسعود .

(٤) القرطبي ٦/ ٣

وحديث : «لا تسبخي عنه» أخرجه أبو داود (٢/ ١٦٨ ـ تحقيق عزت عبيد دعاس) . وفي إسناده انقطاع .

قال النووي: اعلم أن هذا الباب واسع جدا، وقد تظاهر على جوازه نصوص الكتاب والسنة، وأفعال سلف الأمة وخلفها، وقد أخبر الله سبحانه وتعالى في مواضع كثيرة معلومة من القرآن عن الأنبياء صلوات الله وسلامه عليهم بدعائهم على الكفار.(١)

وعن علي - رضي الله عنه - أن النبي ﷺ قال يوم الأحزاب: «ملأ الله قبورهم وبيوتهم نارا كما حبسونا وشغلونا عن الصلاة الوسطى».(٢)

وعن سلمة بن الأكوع رضي الله عنه - أن رجلا أكل بشماله عند رسول الله ﷺ فقال: «كل بيمينك» قال: لا أستطيع، قال: «لا استطعت» ما منعه إلا الكبر قال: فما رفعها إلى فيه.

قال النووي: هذا الرجل هو بسر - بضم الباء وبالسين المهملة - ابن راعي العير الأشجعي، صحابي، ففيه جواز الدعاء على من خالف الحكم الشرعي.(٣)

وعن جابر بن سمرة قال: شكا أهل الكوفة سعد بن أبي وقاص رضي الله عنه إلى عمر رضي الله عنه، فعزله واستعمل عليهم. وذكر الحديث إلى أن قال: أرسل معه عمر رجالا أو رجلا إلى الكوفة يسأل عنه، فلم يدع مسجدا إلا سأل عنه ويثنون معروفا، حتى دخل مسجدا لبني عبس، فقام له رجل منهم يقال له: أسامة بن قتادة، يكنى أبا سعدة فقال: أما إذا نشدتنا فإن سعدا لا يسير بالسرية، ولا يقسم بالسوية، ولا يعدل في القضية. قال سعد: أما والله لأدعون بثلاث: اللهم إن كان عبدك هذا كاذبا قام رياء وسمعة فأطل عمره، وأطل فقره، وعرضه للفتن. فكان بعد ذلك يقول: شيخ مفتون أصابتني دعوة سعد. قال عبدالملك بن عمير الراوي عن جابر بن سمرة: فأنا رأيته بعد قد سقط حاجباه على عينيه من الكبر، وإنه ليتعرض للجواري في الطرق فيغمزهن.

وعن عروة بن الزبير أن سعيد بن زيد رضي الله عنهما خاصمته أروى بنت أوس - وقيل: أويس - إلى مروان بن الحكم، وادعت أنه أخذ شيئا من أرضها، فقال سعيد رضي الله عنه - أنا كنت آخذ من أرضها شيئا بعد الذي سمعت من رسول الله ﷺ؟ قال: ما سمعت من رسول الله ﷺ؟ قال سمعت رسول الله ﷺ يقول: «من أخذ شبرا من الأرض ظلما طوقه

---

(١) الأذكار ص١٧٩.

(٢) حديث «ملأ الله قبورهم وبيوتهم نارا» أخرجه البخاري (الفتح ٦/ ١٠٥ - ط السلفية)، ومسلم (١/ ٤٣٦ - ط الحلبي) واللفظ لمسلم.

(٣) حديث «كل بيمينك» أخرجه مسلم (٣/ ١٥٩٩ - ط الحلبي).

إلى سبع أرضين». [١] قال مروان: لا أسألك بينة بعد هذا، فقال سعيد: اللهم إن كانت كاذبة فاعم بصرها واقتلها في أرضها، قال: فما ماتت حتى ذهب بصرها، وبينما هي تمشي في أرضها إذ وقعت في حفرة فماتت.

نهي المكلف عن دعائه على نفسه وولده:

١٩ ـ قال رسول الله ﷺ: «لا تدعوا على أنفسكم، ولا تدعوا على أولادكم، ولا تدعوا على أموالكم، لا توافقوا من الله ساعة يسأل فيها عطاء فيستجيب لكم». [١]

الأدعية في المناسبات:

٢٠ ـ هناك أدعية تقال أثناء الصلوات الخمس وبعدها، وعند صلاة الكسوف، والخسوف، والاستسقاء، والحاجة، والاستخارة، تنظر في مواضعها، وأدعية تتعلق برؤية الهلال، وأثناء الصيام، وعند الإفطار، وفي ليلة القدر، تنظر في مصطلح (صوم).

وأدعية تقال في أعمال الحج تنظر في مصطلح: (حج).

وأدعية تقال بعد عقد النكاح، وعند الزفاف تذكر في مصطلح: (نكاح).

وهناك أدعية في الصباح والمساء، وعند المهمات، ألفت فيها كتب قيمة، ككتاب الأذكار للنووي، وعمل اليوم والليلة للنسائي، ولابن السني وغيرهم.

(١) حديث: «من أخذ شبرا من الأرض ظلما طوقه...». أخرجه البخاري (الفتح ٦/ ٢٩٣ ـ ط السلفية)، ومسلم (٣/ ١٢٣١ ـ ط الحلبي).

(١) حديث: «لا تدعوا على أنفسكم» أخرجه مسلم (٤/ ٢٣٠٤ ـ ط الحلبي) من حديث جابر بن عبدالله.

دعوى

التعريف :

١ - الدعوى في اللغة : اسم من الادعاء، مصدر ادعى، وتجمع على دعاوى بكسر الواو وفتحها.

ولها في اللغة معان متعددة منها : الطلب والتمني، ومن ذلك قول الله عز وجل : ﴿لهم فيها فاكهة ولهم ما يدعون﴾ [1] ومنها : الدعاء، كما في قول الله سبحانه وتعالى : ﴿دعواهم فيها سبحانك اللهم وتحيتهم فيها سلام وآخر دعواهم أن الحمد لله رب العالمين﴾ . [2] ومنها : الزعم، ولا تطلق الدعوى على القول المؤيد بالحجة والبرهان، بل يكون ذلك حقا، وصاحبه محقا لا مدعيا، فلا تطلق على نبوة محمد ﷺ، لأن ما صدر عنه مقرون بالحجة الساطعة، وهي المعجزة. وكانوا يسمون مسيلمة الكذاب مدعيا للنبوة.

والدعوى في الاصطلاح : قول يطلب به الإنسان إثبات حق على الغير في مجلس القاضي أو المحكم . [1]

الألفاظ ذات الصلة :

أ - القضاء :

٢ - القضاء في اللغة : الحكم، وهو في الاصطلاح : تبيين الحكم الشرعي، والإلزام به، وفصل الخصومة . [2]

والصلة بين الدعوى والقضاء، أن الدعوى طلب حق، والقضاء هو الحكم في هذا الطلب والإلزام به.

ب - التحكيم :

٣ - التحكيم في اللغة : مصدر حكم، يقال :

---

(١) سورة يس/ ٥٧

(٢) سورة يونس/ ١٠

(١) لسان العرب، المصباح المنير، تاج العروس، التعريفات ص ٧٢، المبسوط ١٧/ ٢٩ مطبعة السعادة بمصر - الطبعة الأولى. وانظر تنوير الأبصار ٤/ ٣٢٠، ٣٢١ ط مصطفى الحلبي ١٣٨٦ هـ، والفروق ٤/ ٧٢ مطبعة عيسى الحلبي - الطبعة الأولى ١٣٤٦، ونهاية المحتاج ٨/ ٣٨٥ المطبعة البهية بمصر - الطبعة الثالثة ١٣٦٤هـ، والمغني ٩/ ٢٧١ مطبعة دار المنار الطبعة الثالثة ١٣٦٧هـ. وكشاف القناع ٤/ ٢٢٧ المطبعة العامرة الشرفية - الطبعة الأولى ١٣١٩هـ. وغاية المنتهى ٣/ ٤٧٦. مؤسسة دار السلام للطباعة والنشر بدمشق - الطبعة الأولى، ومنتهى الإرادات - القسم الثاني ص ٥٩٨ مطبعة دار الجيل الجديد ١٣٨١هـ تحقيق الشيخ عبد الغني عبد الخالق.

(٢) بدائع الصنائع ٧/ ٢، ومغني المحتاج ٤/ ٣٧٢، ومطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى ٦/ ٤٥٣

حكمـوه بينهم : أي فوضـوا أن يحكم بينهم ، ويقال : حكمت فلانا فيما بيننا أي أجزنا حكمه بيننا .

وفي اصطلاح الفقهاء هو : تولية الخصمين حاكما يحكم بينهما .(١)

وعلى هذا يشترك التحكيم والدعوى في أن كلا منهما يتضمن طلب الفصل في الخصومة ، ويختلفان من حيث الحقيقة ، والأثر ، والمحل :

فالتحكيم في حقيقته عقد مبناه على اتفاق إرادتين ، حيث يكون بتراضي الخصوم على اختيار من يحكم بينهما ، ولا يصح بإرادة أحدهما دون الآخر .(٢) أما الدعوى فهي تصرف قولي يقوم به المدعي بإرادته المنفردة .

وللتحكيم أثر إنشائي ، حيث يترتب عليه إنشاء ولاية خاصة للمحكم لم تكن له قبل التحكيم ، أما الدعوى فليس لها مثل هذا الأثر ، إذ ترفع إلى القاضي الذي يستمد ولايته من عقد التولية .

والتحكيم يجوز في الأموال باتفاق الفقهاء ، واختلفوا في جوازه في الحدود والقصاص .(٣)

أما الدعوى فتصح في جميع الحقوق بلا خلاف .

جـ ـ الاستفتاء :

٤ ـ الاستفتاء طلب الإفتاء ، والإفتاء هو : الإخبار عن حكم الشارع في أمر من الأمور بناء على استقراء الأدلة واتباع مقتضياتها .(١) وعليه فإن الاستفتاء هو طلب بيان الحكم الشرعي في أمر من الأمور . وتختلف الدعوى عنه أن فيها طلب إلزام الخصم بحق ، فتقتضي وجود خصم يطلب إلزامه بالحق ، وليس في الاستفتاء طلب إلزام ، ولا يشترط فيه وجود خصم .

الحكم التكليفي :

٥ ـ لما كانت الدعوى في حقيقتها إخبارا يقصد به طلب حق أمام القضاء ، وهي تحتمل الصدق والكذب ، فمن الممكن أن تكون محرمة إذا كانت دعوى كاذبة ، وكان المدعي يعلم ذلك ، أو يغلب ذلك على ظنه . أما إذا كان يغلب على ظنه أنه محق في دعواه ، فهي عندئذ تصرف مباح ، فله أن يرفعها ، إلا إذا كان يقصد بها الإضرار فتكون محرمة ، كما لو كان يعلم أن غريمه لا ينكر حقه ، وأنه على استعداد لتوفيته إياه ، فيرفع الدعوى للتشهير به ، فتكون محرمة .

---

(١) البحر الرائق ٧/٢٤ طبع دار الكتب العربية الكبرى بمصر

(٢) فتح القدير ٥/٥٠٠ طبعة بولاق ١٣١٨هـ ، أدب القضاء لابن أبي الدم ص١٣٩ طبع دمشق ١٩٧٥م

(٣) روضة القضاة ص٥٨ طبع بغداد ١٩٧٠م ، تبصرة الحكام ١/٥٥ ، أدب القضاء ص١٣٨ طبع دمشق ، الإنصاف ١١/١٩٨ ـ مطبعة السنة المحمدية ١٩٥٨م

(١) الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام ص٣٠ مطبعة الأنوار مصر ، الطبعة الأولى ١٩٣٨م ، والإنصاف ١١/١٨٦

أركان الدعوى :

٦ ـ أركان الدعوى عند جمهور الفقهاء هي : المدعي ، والمدعى عليه ، والمدعى ، والقول الذي يصدر عن المدعي يقصد به طلب حق لنفسه أو لمن يمثله . ولكل ركن من هذه الأركان شروط خاصة سيأتي ذكرها فيما بعد .

وعند الحنفية ركن الدعوى هو التعبير القولي الذي يصدر عن إنسان في مجلس القضاء يقصد به طلب حق له أو لمن يمثله ، مثل قول الرجل : لي على فلان أو قبل فلان كذا ، أو قضيت حق فلان ، أو أبرأني عن حقه ، ونحو ذلك . وقد اختلفوا في أن الركن هل هو مجرد التعبير الطلبي من قول أو كتابة أو إشارة ، أو أنه هو مدلول ذلك التعبير ، أو أنه كلا الأمرين جميعا ، وبعبارة أخرى هل ركن الدعوى هو الدال أو المدلول أو كلاهما ؟ وقد ذهب إلى كل واحد من هذه الأقوال جماعة منهم .[1]

كيفية التمييز بين المدعي والمدعى عليه :

٧ ـ تمييز القاضي المدعي من المدعى عليه يعتبر من أهم الأمور التي تعينه على إصابة الحق في الأحكام التي يصدرها ، ذلك أن الشارع جعل عبء الإثبات في الدعوى على المدعي ، وعبء دفعها باليمين على المدعى عليه إن لم يستطع المدعي إثباتها بالبينة . ولا شك في أن العبء الأول أثقل من العبء الثاني ، فإن أخطأ القاضي في التمييز بينهما ، فإنه سيحمل المدعى عليه العبء الأثقل ، ويحمل على المدعي العبء الأخف ، مما قد يؤدي إلى خطأ في الحكم والظلم في القضاء .

لذلك اجتهد الفقهاء في وضع الضوابط التي تعين القضاة على معرفة المدعي والمدعى عليه في أية خصومة ، واختلفوا في ذلك ، ويمكن حصر أقوالهم في هذه المسألة في اتجاهين .

٨ ـ الاتجاه الأول : ما ذهب إليه جمهور فقهاء المالكية والشافعية ، واعتمدوا فيه على النظر إلى جنبة كل من الطرفين المتنازعين : فمن كانت جنبته قوية بشهادة أي أمر مصدق لقوله كان هو المدعى عليه والآخر مدعيا . ومع اتفاق أصحاب هذا الاتجاه على هذا الأصل ، إلا أنهم اختلفوا في تفسير الأمر المصدق الذي إذا تجرد عنه قول أحد المتخاصمين كان هو المدعي ، فتباينت ـ بناء على ذلك ـ تعريفاتهم للمدعي والمدعى عليه على النحو الآتي :

---

(١) بدائع الصنائع ٦ / ٢٢٢ ، مطبعة الجمالية بالقاهرة ١٩١٠م ، وحاشية الشرنبلالي على درر الحكام ٢ / ٣٢٩ المطبعة العامرة الشرفية ١٣٠٤هـ ، تبيين الحقائق وحاشية الشلبي ٤ / ٢٩٠ ـ المطبعة الأميرية ، الطبعة الأولى ١٣١٤هـ ، الدر المنتقى في شرح الملتقى ٢ / ٢٠٥ مطبوع على هامش مجمع الأنهر ، المطبعة العثمانية ، الطبعة الأولى ١٣٢٧هـ ، المحاكمات العصرية على الفواكه البدرية ص ١٨ مطبعة النيل بالقاهرة .

أولاً: ذهب معظم فقهاء المالكية إلى أن المدعي هو من تجردت دعواه عن أمر يصدقه. وزاد بعضهم: أو كان أضعف المتداعيين أمراً في الدلالة على الصدق [1]

وعبر آخرون منهم عن هذا الأمر المصدق بقولهم: المدعي هو من لم يترجح قوله بمعهود أو أصل. والمدعى عليه عكسه. والمعهود هو العرف والعادة والغالب. [2]

ورأى بعضهم تقييد التعريف السابق للمدعي بقوله «حال الدعوى»، أي أن: التجرد المقصود هو الذي يكون حال الدعوى، وقبل إقامة البينة، ولذلك قال بعضهم «بمصدق غير بينة»، أي أن لا يكون الأمر المصدق الذي تجرد عنه قول المدعي هو البينة، فإنه يظل مدعيا ولو لم يتجرد قوله منها. [3]

ثم إن الأمر المصدق الذي إذا اعتضد به جانب أحد المتخاصمين كان دليلا على أنه هو المدعى عليه يمكن أن يكون أحد شيئين هما: الأصل والظاهر:

٩ - أما الأصل فهو القاعدة الشرعية المعمول بها في الواقعة المخصوصة، أو الدلالة المستمرة، أو استصحاب الحال الأول. [1] وقد ذكروا من الأصول:

١ - الأصل براءة الذمة من الحقوق قبل عمارتها: فمن ادعى دينا على آخر، فأنكر المطلوب كان المنكر مدعى عليه، لأن الأصل براءة الذمة، وقد عضده هذا الأصل، فكان القول له بيمينه إن لم تكن للمدعي بينة. ولو اعترف المطلوب بالدين وادعى القضاء، لكان الطالب هو المدعى عليه في هذا القضاء، لأن الأصل استصحاب عمارة الذمة بعد ثبوت شغلها، فكان القول له بيمينه إن لم يكن للآخر بينة.

٢ - الأصل في الإنسان الصحة قبل ثبوت مرضه، ويكون مدعي المرض مدعيا خلاف الأصل، فعليه البينة، فإذا وقع طلاق رجل لزوجته طلاقا بائنا، ثم مات، فقامت المرأة على

---

(1) حاشية الأمير ٢/٣٦٦ المطبعة البهية الشرقية ١٣٠٤ هـ، مواهب الجليل ٦/١٢٤ مطبعة السعادة بمصر - الطبعة الأولى ١٣٢٥ هـ

(2) تبصرة الحكام ١/١٢٣ مطبعة مصطفى الحلبي ١٩٥٨ م مطبوع على هامش فتح العلي المالك، القوانين الفقهية ص٢٨٨ مطبعة النهضة بتونس ١٩٢٦ م، البهجة في شرح التحفة ١/٢٨ المطبعة البهية بمصر، بالونة الحكام ص٤، المطبعة الميمونية بمصر الطبعة الأولى ١٣٢٧ هـ، العقد المنظم للحكام ١/١٩٨ مطبوع على هامش تبصرة الحكام - المطبعة العامرة الشرفية - الطبعة الأولى ١٣٠٢ هـ، الخرشي ٧/١٥٤ - المطبعة الأميرية الكبرى ببولاق - الطبعة الثانية ١٣١٧ هـ

(3) حاشية الدسوقي ٤/١٤٣ - مطبعة عيسى الحلبي.

• التاج والإكليل ومواهب الجليل ٦/١٢٤ مطبعة السعادة بمصر - الطبعة الأولى ١٣٢٩ هـ، شرح حدود ابن عرفة ص٤١٧ - المطبعة التونسية بتونس - الطبعة الأولى ١٣٥٠ هـ، حاشية الأمير ٢/٣١٦

(1) تبصرة الحكام ١/١٩٦

الورثة تدعي أنه طلق في مرض الموت لكي ترث منه، فأنكر الورثة ذلك، كانت المرأة مدعية خلاف الأصل الذي يقضي بأن الإنسان سليم حتى يثبت مرضه، فعليها البينة والقول للورثة.

٣ ـ الأصل عدم المضارة والتعدي، فلو ادعى شخص على الطبيب العمد فيما زاد على المأذون فيه، فادعى الطبيب الخطأ، فإن القول له.

٤ ـ الأصل في الإنسان الجهل بالشيء حتى يقوم عليه الدليل بالعلم، فإذا قام الشريك يطلب حصة شريكه بالشفعة من شراها، وكان ذلك بعد مرور عام على عقد البيع، فادعى المشتري علم الشريك بالبيع، وادعى هو جهله بذلك كان القول قول الشريك، والمشتري هو المدعي، وعليه البينة التي تشهد أن الشريك كان على علم بالعقد.

٥ ـ الأصل في الإنسان الفقر لسبقه، حيث يولد خالي اليد، فيكتسب بعمله، فيصبح غنيا، غير أنهم قالوا: إن الناس محمولون على الملاء لغلبته، فهذا من جملة ما تعارض فيه الأصل والغالب، وقدم الأخير فيه، وفرعوا على ذلك أن زاعم الإعسار يعتبر مدعيا، وإن وافقه الأصل الذي هو الفقر، فهو المدعي والمطالب بالبينة على الإعسار.

١٠ ـ وأما الظاهر فيستفاد من أحد أمرين: العرف، والقرائن المغلبة على الظن.

الأول: العرف، ويسميه بعضهم المعهود والغالب والعادة. واستدلوا على حجيته بقول الله عز وجل ﴿خذ العفو وأمر بالعرف وأعرض عن الجاهلين﴾.[1]

وقد قالوا: العرف مقدم على الأصل. وكل أصل كذبه العرف، رجح هذا الأخير عليه، واستثني من ذلك بعض المسائل، منها ما لو ادعى الصالح التقي العظيم المنزلة أو الشأن في العلم والدين على أفسق الناس وأدناهم علما ودينا درهما واحدا، فإن الغالب صدقه، والأصل براءة الذمة، فيقدم الأصل على الغالب في هذه الصورة.[2]

الأمر الثاني: القرائن وظواهر الحال وغلبة الظن، فمن حاز شيئا مدة يتصرف فيه، ثم ادعاه غيره، فإنه يرجح قول الحائز في دعوى الملكية، ويكون الآخر مدعيا، لأن قوله يخالف الظاهر المستنبط من الوقائع والقرائن، فيكلف بالبينة، فإن عجز عنها وقعت دعواه بيمين الحائز.[3]

وقد استثنى المالكية من القاعدة السابقة في التمييز بين المدعي والمدعى عليه بعض المسائل، بما للمحافظة على المصلحة العامة،

---

(١) سورة الأعراف / ١٩٩

(٢) القوانين الفقهية ص٢٨٨، العقد المنظم للحكام ١٩٨/٢، وتهذيب الفروق ١١٩/٤ ـ ١٢٠

(٣) القوانين الفقهية ص٢٨٨

وأما الضرورة: كما في قول الأمناء في تلف الأمانات التي بين أيديهم، فإنه يقبل مع أن الأصل عدمه، لأنه أمر عارض، وإنما قبل كيلا يزهد الناس في قبول الأمانات، فتفوت هذه المصلحة.(1) وكما في قول الغاصب تلف المغصوب، فإنه يقبل مع يمينه، للضرورة، ويعتبر مدعى عليه، إذ لو لم يقبل قوله، واعتبر مدعيا لكان مصيره الخلود في السجن.(2)

ثانيا: ذهب معظم فقهاء الشافعية إلى أن المدعي هو: من يلتمس خلاف الظاهر، والمدعى عليه هو: من يتمسك بالظاهر.(3)

والظاهر عند الشافعية نوعان: ظاهر بنفسه، وظاهر بغيره، ويطلقون كثيرا لفظ الأصل على النوع الأول، وإذا ذكروا الظاهر في مقابلة الأصل كان المقصود به النوع الثاني، وهو الظاهر بغيره. ولكن الظاهر الذي ذكروه في التعريف المتقدم للمدعي والمدعى عليه يقصد به النوعان جميعا.

والظاهر بنفسه هو أقوى أنواع الظاهر عندهم، وعموما يكون مستفادا من الأصول، كالظاهر المستفاد من البراءة الأصلية: براءة الذمم من الحقوق، والأجساد من العقوبات وبراءة الإنسان من الأفعال والأقوال جميعها.(1)

والظاهر بغيره عندهم هو ما يستفاد من العرف والعوائد أو من القرائن ودلائل الحال.

وإذا تعارض الظاهر بنفسه مع الظاهر بغيره فغالبا ما يقدم الشافعية الأول، ويكون الذي يدعي خلافه مدعيا يكلف بالبينة إن لم يقر خصمه، والآخر مدعى عليه، ومثال ذلك: أن امرأة لو ادعت على زوجها الحاضر أنه لا ينفق عليها، فالأصل يقضي بعدم الإنفاق، والظاهر المستفاد من قرائن الحال يقضي بأنه ينفق عليها، والشافعية يقدمون الأول على الثاني في هذه المسألة، ويكون القول قول المرأة، والبينة على الزوج، وهذا بخلاف ما ذهب إليه المالكية، حيث يجعلون المرأة مدعية، والزوج مدعى عليه.(2)

أما إذا تعارض ظاهران في قوة واحدة، كأن

---

(1) تهذيب الفروق ٤/ ١٢٢ بهامش الفروق - مطبعة عيسى الحلبي بمصر - الطبعة الأولى ١٣٤٦هـ

(2) تبصرة الحكام ١/ ١٢٦

(3) الوسيط للغزالي ٣/ ٣٦٠ - مطبعة الآداب ١٣١٧هـ، المنهاج ومغني المحتاج ٤/ ٤٦٤ طبع الحلبي ١٣٧٧هـ، قواعد الأحكام ٢/ ٣٦ - دار الشرق للطباعة بالقاهرة ١٣٨٨هـ، شرح المحلي ٤/ ٣٣٣ مطبعة مصطفى الحلبي ١٩٥٦م، حاشية الباجوري ٢/ ٤٠٦ مطبعة عثمانية الطبعة الأولى ١٩١٠م.

---

(1) الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٧٠ - ٧١ - طبع مكة ١٣٣١هـ، وقواعد الأحكام ٢/ ٣٣، مغني المحتاج ٤/ ٤٦٤ طبع الحلبي ١٣٧٧هـ

(2) لب اللباب ص ١٥٥ - المطبعة التونسية تونس ١٣٤٦هـ

يكونا مستفادين من أصل واحد، أو من أصلين في قوة واحدة، كان كل من الطرفين مدعيا مكلفا بالبينة، فقد ورد في كتاب الأم ما نصه: إذا ادعى رجل على رجل أنه أكراه بيتا من دار شهرا بعشرة، وادعى المكتري أنه اكترى الدار كلها ذلك الشهر بعشرة، فكل واحد منهما مدع على صاحبه، وعلى كل واحد منهما البينة.[1]

ويظهر مما تقدم أن الشقة ليست بعيدة بين المعيار الذي قال به المالكية من أجل التمييز بين المدعي والمدعى عليه، وبين المعيار الذي قال به الشافعية، بل إنهما يكادان يتشابهان، والخلاف بينهما منحصر في التطبيق، وذلك عندما يتعارض أمران من أمور الظاهر: فالشافعية يرون الأصل أقوى متابع الظهور غالبا، والمالكية يرون أن دلائل الحال من عرف وقرائن أقوى من ذلك، وكل منهما قدم الأقوى في نظره، وجعل مخالفه مدعيا وعليه البينة.

١١ - الاتجاه الثاني: ما ذهب إليه معظم فقهاء الحنفية، وبعض فقهاء المذاهب الأخرى، وهو تعريف المدعي بأنه: من إذا ترك الخصومة لا يجبر عليها، والمدعى عليه: من إذا تركها يجبر عليها.[2] ومثله قول الحنابلة، إلا أنهم ذهبوا إلى اشتقاق تعريف المدعي والمدعى عليه من تعريف الدعوى نفسها: فالمدعي - عندهم - هو منشئ الدعوى، والمدعى عليه هو من توجهت ضده الدعوى، ولذلك قال بعضهم: المدعي هو من يضيف إلى نفسه استحقاق شيء على الآخر وإذا سكت ترك، والمدعى عليه هو من يضاف استحقاق شيء عليه وإذا سكت لم يترك.[1] وقال بعضهم: المدعي هو من يطالب غيره بحق يذكر استحقاقه عليه، والمدعى عليه من يطالبه غيره بحق يذكر استحقاقه عليه. وقال آخرون: المدعي هو من يلتمس قبل غيره لنفسه عينا أو دينا أو حقا، والمدعى عليه هو من يدفع ذلك عن نفسه.[2]

الفائدة المترتبة على التمييز بين المدعي والمدعى عليه:

١٢ - أهم ما يستفاد من معرفة المدعي والمدعى عليه هو تعيين الطرف الذي يقع عليه عبء الإثبات، والطرف الذي لا يكلف إلا باليمين عند عدم وجود بينة تشهد للطرف الأول. وهذا الأمر هو مدار القضاء وعموده، إذ بعد تحققه لا يبقى على القاضي سوى تطبيق القواعد المعروفة في البينات والترجيح. وقد روي عن سعيد بن المسيب أنه قال: أيما رجل عرف

---

(١) الأم ٦/ ٢٤٤ - الطبعة الأميرية ببولاق - الطبعة الأولى ١٣٢٤هـ.

(٢) المبسوط ١٧/ ٣١، وبدائع الصنائع ٦/ ٢٢٤، وتبيين الحقائق ٤/ ٢٩١، وتبصرة الحكام ١/ ١٢١، وشرح ر ٢/ ٢٦٠، والمغني ٩/ ٢٧٢.

---

(١) المغني ٩/ ٢٧٢.

(٢) كشاف القناع ٤/ ٢٩٧، بدائع الصنائع ٦/ ٢٢٤.

المدعي من المدعى عليه لم يلتبس عليه ما يحكم بينهما.[1]

وإنما جعلت البينة على المدعي، لأن جانبه ضعيف، إذ هو يريد تغيير الحال المستقر بزعمه، وفي هذا يقول ابن رشد: والمعنى الذي من أجله كان القول للمدعى عليه، هو أن له سببا يدل على صدقه دون المدعي في مجرد دعواه، وهو كون السلعة بيده إن كانت الدعوى في شيء بعينه، أو كون ذمته بريئة على الأصل في براءة الذمم إن كانت الدعوى فيما في ذمته. والمعنى الذي وجب من أجله على المدعي إقامة البينة على دعواه هو تجرد دعواه من سبب يدل على صدقه فيما يدعيه.[2]

ويشهد لصحة ذلك قول النبي ﷺ: «لو يعطى الناس بدعواهم لذهب دماء قوم وأموالهم».[3]

مكان الدعوى:

١٣ ـ الكلام في مكان الدعوى يقتضي بيان أمرين: الأول: المجلس الذي ترفع فيه الدعوى وتنظر فيه، وهو ما يسمى بمجلس القضاء.

والثاني: القاضي المختص بنظر الدعوى.

أولا: مجلس القضاء:

١٤ ـ الأصل أن جميع الأمكنة صالحة لتلقي المتنازعين والنظر في خصوماتهم، وليس منها شيء يحرم فيه ذلك، إلا إذا ترتب عليه إهدار حق أو فعل محرم، كما لو استخدم القاضي ملك إنسان من أجل القيام بإجراءات التقاضي من غير الحصول على إذنه.

ولكن نص الفقهاء على صفات وخصائص يستحب توافرها في الأماكن التي ترفع فيها الدعاوى، ويفصل فيها بين الخصوم. ويمكن إرجاع هذه الصفات والخصائص إلى أمرين:

الأول: أن تكون بحيث توفر التيسير على جميع الناس في الوصول إليها، والاهتداء إلى موضعها، وأن تكون بحيث يتوخى العدل والإنصاف بين الناس فيما يبذلونه من الجهد للوصول إليها.[1]

الثاني: أن تكون بحيث توفر الاستقرار النفسي والراحة الجسدية للناس الذين يقصدونها للتقاضي، وللقضاة الذين يتخذونها مجلسا للقيام بوظائفهم.

ويبتني على الأمر الأول أن يكون مجلس

---

(١) المقدمات الممهدات ٢/ ٢١٨ ـ مطبعة السعادة بمصر ـ الطبعة الأولى ١٣٢٥هـ.

(٢) المقدمات الممهدات ٢/ ٣١٦ ـ ٣١٧.

(٣) حديث: «لو يعطى الناس بدعواهم لذهب دماء قوم وأموالهم». أخرجه البخاري (الفتح ٨/ ٢١٣ ـ ط السلفية)، ومسلم (٣/ ١٣٣٦ ـ ط الحلبي) من حديث عبدالله بن عباس.

(١) مغني المحتاج ٤/ ٣٨٧ طبع الحلبي ١٣٧٧هـ.

القضاء في وسط البلد الذي يختص به، بحيث يصل إليه كل قاصد للقاضي، ويستحب أن يكون في مكان بارز، وليس في موضع مستتر غير مشهور، حتى وإن أقام القاضي على بابه من يأذن للناس بالدخول عليه. لأنه لا يشتهر جلوسه به، ولا يهتدي إليه الغرباء.(١)

وينبغي على الأمر الثاني أن يكون مجلس القضاء فسيحا لا يتأذى الحاضرون بضيقه، وأن يكون نزها لا يؤثر فيه الحر والبرد والغبار والدخان وغير ذلك، ويجلس القاضي للصيف حيث يليق به، وللرياح والشتاء حيث يليق.(٢)

وللفقهاء اختلافات وتفصيلات فيما يتعلق بمجلس القضاء من اتخاذ البواب والحاجب، واتخاذ المسجد مجلسا للقاضي وغير ذلك. وينظر في مصطلح: (قضاء، ومسجد، وحاجب ج١٦/ ٢٤٤).

ثانيا: القاضي المختص بنظر الدعوى:

١٥ - لا خلاف في أنه إذا كان في البلد قاضي واحد يختص بالطرفين فإنه هو الذي ترفع إليه الدعوى. أما إذا تعدد القضاة، واستقل كل بمحلة يختص بالقضاء بين أهلها، ولا يتعداها إلى غيرها، فقد اختلف الفقهاء في تحديد القاضي المختص بنظر الدعوى على الآراء الآتية.

١٦ - الرأي الأول: أن الدعوى ترفع إلى القاضي الذي يختاره المدعي. وإلى هذا ذهب أبو يوسف من الحنفية ومعظم فقهاء الشافعية والحنابلة.(١) وهو قول المالكية إذا تعدد القضاة في نطاق بلد واحد، وكان المتنازعان من أهل هذا البلد.(٢)

واحتج أصحاب هذا الرأي بأن المدعي هو الذي لا يجبر على الخصومة، بحيث إذا تركها ترك وشأنه، فهو المنشئ للخصومة، فيعطى الخيار: إن شاء أنشأها عند قاضي مكانه هو، وإن شاء أنشأها عند قاضي مكان خصمه، فلأن الحق له في الدعوى جعل الحق له في تعيين القاضي.(٣)

---

(١) درر الحكام وحاشية الشرنبلالي عليه ٢/ ٤٠٦، المنهاج ومغني المحتاج ٤/ ٣٨٧ طبع الحلبي ١٣٧٧هـ. القوانين الفقهية ص٢٨٤، أسهل المدارك ٣/ ١٩٩ - مطبعة عيسى الحلبي - الطبعة الأولى. المهذب ٢/ ٢٩٣ طبع دار إحياء الكتب العربية. الفروع ٣/ ٧٩٣ - مطبعة المنار بمصر ١٣٣٩هـ.

(٢) المهذب ٢/ ٢٩٣ طبع دار إحياء الكتب العربية، المنهاج ومغني المحتاج ٤/ ٣٩٠ - طبع ١٣٧٧هـ.

---

(١) البحر الرائق ٧/ ١٩٣ - مطبعة دار الكتب العربية الكبرى بمصر ١٣٣٤هـ، نهاية المحتاج ٨/ ٢٨٦ - الطبعة البهية المصرية ١٣٠٤هـ. حاشية الشرواني وحاشية العبادي على تحفة المحتاج ١٠/ ١٤٩، القواعد لابن رجب ص٣٦٢ - الطبعة الأولى ١٩٣٣م، منتهى الإرادات القسم الثاني ص٥٧٥، غاية المنتهى ٣/ ٤٣٦.

(٢) حاشية الدسوقي ٤/ ١٦٤.

(٣) حاشية الدسوقي ٤/ ١٦٥، كشاف القناع ٦/ ٣٢٦. =

١٧ ـ الرأي الثاني : أن الحق في تعيين القاضي الذي ينظر في الدعوى يكون للمدعى عليه لا للمدعي ، وإلى هذا الرأي ذهب محمد بن الحسن ، وهو المفتى به في المذهب الحنفي.

ويستند هذا الرأي إلى أن المدعى عليه يدافع عن نفسه ، والمدافع يطلب السلامة لنفسه ، والأصل براءة ذمته ، والظاهر يشهد له ، فأخذه إلى من يأباه لريبة يثبت عنده ربما يوقعه في ورطة يحصل له ، فيؤدي ذلك إلى إثبات ما ليس في الحقيقة ثابتا في ذمته ، فالأولى مراعاة جانبه بالنظر إليه واعتبار اختياره ، لأنه يريد الدفع عن نفسه ، وخصمه يريد أن يوجب عليه ، ومن طلب السلامة أولى بالنظر ممن طلب ضدها.[1]

ويرى بعض علماء الحنفية أن مذهب محمد بن الحسن ليس ما تقدم ، وإنما العبرة عنده في تعيين القاضي الذي ترفع إليه الدعوى وينظر فيها هي لمكان المدعى عليه ، وأن قاضي هذا المكان هو المختص فيه ، فليست العبرة لاختيار المدعى عليه ، وإنما لمكانه.[2]

١٨ ـ الرأي الثالث : وهو ما ذهب إليه المالكية ، فقد اتفقوا مع الشافعية وأبي يوسف في أن الاختيار يكون للمدعي في تحديد القاضي المختص بنظر الدعوى في حالة تعدد القضاة في نطاق البلد الواحد ، إلا أنهم اختلفوا معهم في تحديده عندما يتعدد القضاة ، وتتعدد البلاد ، واختلفت آراؤهم في ذلك باختلاف المدعى به أيضا على النحو الآتي :

١ ـ ففي دعاوى الدين ، اتفقوا على أن الدعوى تنظر في المكان الذي يتعلق فيه الطالب بالمطلوب.[1]

ومعنى هذا أن مدعي الدين له أن يختار من يشاء من القضاة إذا كان هو وخصمه في بلد واحد ، وتعدد قضاته ، وكانوا مستقلين بالنظر في جميع أنواع الدعاوى. فإن لم يكونا في بلد واحد فللمدعي أن يتعلق بخصمه في أي مكان يجده ، ويطالب بحقه عند قاضي ذلك المكان.

٢ ـ وفي دعاوى العين ينظر : إن كان المتخاصمان من بلدين مختلفين ، وكلاهما في ولاية قاض واحد ، فإن الدعوى ترفع إلى ذلك القاضي في مجلس قضائه ، سواء أكان في بلد المدعي أم في بلد المدعى عليه ، وحيثما كان المدعى به.[2]

- تكملة حاشية ابن عابدين ٧/ ٤٠١ المطبعة العثمانية ١٣٢٧ هـ.

(١) الدر المختار مع تكملة الحاشية ٧/ ٤٠١ ، البحر الرائق ٧/ ١٩٣

(٢) الفواكه البدرية ص٧٦ ، البحر الرائق ٧/ ١٩٣

(١) منح الجليل ومواهب الجليل ٦/ ١٤٦ ، الخرشي ٧/ ١٧١ ، معين الحكام للحكام ٢/ ٢٠١ ، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٤/ ١٦٤

(٢) حاشية الدسوقي ٤/ ١٦٤

وأما إذا كان كل منهما في ولاية قاض، فعندهم في ذلك قولان:

القول الأول: وهو لابن الماجشون كما نقل عنه ابن حبيب، وفيه ذهب إلى أن الدعوى ينبغي أن ترفع إلى القاضي الموجود في محل الشيء المدعى[1] فإذا رفعت إليه الدعوى فإنه يسمع بينة المدعي، ويضرب لمن عنده الحق المدعى أجلا حتى يأتي، فيدفع عن نفسه، أو يوكل له وكيلا يقوم عنه بالخصومة في ذلك.[2] ونقل فضل بن سلمة أن هذا الرأي ذهب إليه سحنون وابن كنانة.[3]

القول الثاني: وهو قول مطرف وأصبغ، ويريان أن الدعوى إنما ترفع إلى قاضي موضع المدعى عليه، ولا يلتفت إلى موضع المدعي ولا موضع المدعى به.[4] وهذا هو المشهور في المذهب المالكي، وقد نقله فضل بن سلمة عن ابن القاسم، ونقل بعضهم أن هذا هو عمل أهل المدينة،[5] غير أنهم قالوا: إن من حق المدعي أن يبدأ بقاضي محلته، فيرفع إليه أمره، ويثبت عنده بينته، ثم يكتب قاضيه إلى قاضي محلة المدعى عليه بذلك، فيأخذ المدعي كتاب قاضيه ليقدمه إلى قاضي المدعى عليه، وإن شاء وكل غيره، وأرسله بالكتاب، فإذا قدم المدعي أو وكيله إلى قاضي المدعى عليه سلمه كتاب قاضيه، فإن ثبت عنده، قرأه على المدعى عليه، وسأله المخرج من ذلك إن كان له مخرج، وإلا أنفذ الحكم عليه. أما إذا لم يفعل المدعي ذلك وإنما تقدم مباشرة إلى قاضي المدعى عليه، فإن كانت بينته معه، نظرت الدعوى، وطلب من المدعى عليه المخرج. أما إذا أعلمه المدعي أن بينته في مكان الشيء المدعى، كتب إلى قاضي محلة ذلك الشيء، وطلب منه تزويده بالبينة. وفي جميع الأحوال يعطى المدعي أو المدعى عليه المدة الكافية لتحضير الحجج والبينات.

غير أن أصبغ استثنى من ذلك ما لو وجد المدعي خصمه في محلته أو محلة ذلك الشيء المدعى، وتعلق به في المكان الذي وجده فيه، فإن القاضي الذي ينظر في الدعوى في هذه الحال هو قاضي المكان الذي تعلق به فيه.[1]

تلك الآراء في تحديد القاضي المختص بنظر الدعوى معتبرة عند أصحابها فيما إذا تميز المدعي

---

(١) التاج والإكليل ومواهب الجليل ٦/ ١٤٦، الخرشي ٧/ ١٧٤، تبصرة الحكام ١/ ٨٤، العقد المنظم للحكام ٢/ ٣٠٠، حاشية الدسوقي ٤/ ١٦٤

(٢) حاشية الدسوقي ٤/ ١٦٤

(٣) تبصرة الحكام ١/ ٨٤

(٤) الشرح الكبير ٤/ ١٦٤ مطبوع على هامش حاشية الدسوقي، تبصرة الحكام ١/ ٨٤

(٥) حاشية الدسوقي ٤/ ١٦٤

(١) تبصرة الحكام ١/ ٨٤

من المدعى عليه . ولكن قد يكون كل من الطرفين مدعيا ومدعى عليه في آن واحد ، وذلك كاختلافهما في قسمة الملك ، أو كما إذا اختلفا في قدر ثمن مبيع أو صداق اختلافا يوجب تحالفهما ، ففي هذه الحالة لا يمكن تطبيق أحد تلك الآراء السابقة ، وإنما ترفع الدعوى إلى أقرب القضاة من المتخاصمين ، فإن تساويا في المسافة أقرع بينهما ، فمن خرجت له القرعة كان القول له في تعيين القاضي المختص.[1]

الرأي الرابع : وهو قول ضعيف في المذهب الحنبلي ، هو منع المتنازعين من التقاضي إلى أن يتفقا على قاض معين.[2] وإنما ضعفه فقهاء الحنابلة لأنه قد يؤدي إلى ظلم أحد الطرفين ، إذ لابد من أن يكون أحدهما محتاجا إلى رفع الدعوى أكثر من الآخر ، وغالبا ما يكون هذا المحتاج هو المدعي ، وبذلك تتاح للآخر الفرصة في التعنت والعناد إذا طلب منه الاتفاق على قاض معين .

أنواع الدعاوى :

١٩ ـ للدعاوى تقسيمات مختلفة ، وأنواع كثيرة يعود معظمها إلى اعتبارين :

الاعتبار الأول : يعود إلى مدى صحة الدعاوى ، وهذا بدوره يعود إلى مقدار توفر الشروط الشرعية فيها .

الاعتبار الثاني : يعود إلى تنوع الشيء المدعى .

أنواع الدعاوى باعتبار صحتها :

٢٠ ـ أولا : الدعوى الصحيحة : وهي الدعوى المستوفية لجميع شرائطها ، وتتضمن طلب مشروعا . وهذه الدعوى يترتب عليها جميع أحكامها ، فيكلف الخصم بالحضور ، وبالجواب إذا حضر ، وتطلب البينة من المدعي إذا أنكر خصمه ، وتوجه اليمين إلى المدعى عليه إن عجز المدعي عن البينة .

٢١ ـ ثانيا : الدعوى الفاسدة : وهي الدعوى التي استوفت جميع شرائطها الأساسية ، ولكنها مختلة في بعض أوصافها بصورة يمكن إصلاحها وتصحيحها ، كأن يدعي شخص على آخر بدين ، ولا يبين مقداره ، أو يدعي عليه استحقاق عقار ، ولا يبين حدوده . وترجع أسباب الفساد في الدعوى إلى تخلف أحد شرطين هما :

أ ـ شرط المعلومية : معلومية المدعى ، كما في المثالين السابقين ، أو معلومية سبب الاستحقاق فيما يشترط فيه ذكره من الدعاوى .

---

(١) حاشية الشرواني وحاشية العبادي على تحفة المحتاج ١٠ / ١١٩ ، منتهى الإرادات ـ القسم الثاني ص ٥٧٥ ، كشاف القناع ٤ / ١٧٢ ، القواعد لابن رجب ص ٣٦٣ ، ٣٦٤

(٢) الأحكام السلطانية لأبي يعلى ص ٦٩ ـ مطبعة مصطفى الحلبي ، الطبعة الثانية ١٣٨٦ هـ ـ ١٩٦٦ م

من الشروط المطلوبة في التعبير المكون للدعوى، كما لو كانت الدعوى في طلب عين من الأعيان، ولم يذكر المدعي فيها أنها بيد المدعى عليه، أو يكون مترددا في الألفاظ التي يستعملها، كأن يقول: أشك أو أظن أن لي على فلان ألف درهم مثلا. ففي جميع هذه الحالات لا ترد الدعوى، وإنما يطلب من المدعي إكمال ما ينقصها، فإن فعل ذلك نظرت دعواه، وطلب الجواب من خصمه، وإلا فترد إلى أن يصححها.[1]

وهذا الاصطلاح في تسمية هذه الأنواع من الدعاوى بالفاسدة اختص به فقهاء الحنفية. غير أن فقهاء الشافعية ذكروا هذا النوع من الدعاوى، وجعلوا له الأحكام ذاتها، إلا أنهم يسمونها بالدعاوى الناقصة. والدعوى الناقصة عندهم هي: كل دعوى يفتقر الحاكم في فصل الخصومة معها إلى شيء آخر.[2] وقد جعلوا الدعوى الناقصة على ضربين: ناقصة الصفة وناقصة الشرط:

أما ناقصة الصفة فهي الدعوى التي لم يفصل المدعي فيها أوصاف الشيء المدعى اللازم ذكرها، كأن يهمل ذكر حدود العقار المدعى، أو مقدار الدين، وفيها يجب على القاضي أن يسأل المدعي عن النقص، فإن كمله صحت الدعوى وإلا فلا.

وأما ناقصة الشرط فيقصدون بها دعوى النكاح التي لا يذكر فيها الولي والشهود.[1]

ولا يختلف حكم هذه الدعاوى عند المذاهب الأخرى عما ذهب إليه الحنفية والشافعية.

وهناك نوع من الدعاوى عند فقهاء المالكية تكون ناقصة في حكمها لنقصان شرط من شروطها. وهذه هي الدعوى التي ينقصها حصول خلطة أو معاملة بين المدعي والمدعى عليه، فإنها تسمع، ولكن المدعى عليه لا يطالب باليمين إذا عجز المدعي عن إثباتها بالبينة. والفرق بين هذا النوع والدعوى الفاسدة بالمعنى السابق، أن هذه الدعوى صحيحة في ذاتها، وتترتب عليها أحكامها جميعها إلا اليمين. والشرط الناقص فيها لا يمكن استكماله خلافا للدعوى الفاسدة.

٢٢ ـ ثالثا: الدعوى الباطلة: وهي الدعوى غير الصحيحة أصلا، ولا يترتب عليها حكم، لأن إصلاحها غير ممكن. وتعود أسباب البطلان في الدعاوي إلى فقد أحد الشروط الأساسية المطلوبة فيها. ومن أمثلة الدعوى الباطلة

---

(١) البحر ٧/١٩٣، تبصرة الحكام ١/١٠٤، تحفة المحتاج ١٠/٢٩٧، المغني ٩/٨٦.

(٢) أدب القضاء للغزي ق ١٠ أ مخطوط بدار الكتب ٢٠٧ فقه شافعي.

(١) الحاوي للماوردي جـ١٣ ق ٤ ب ـ مخطوط بدار الكتب المصرية (٦٠٥ فقه شافعي).

الدعوى التي يرفعها الشخص، ولا يكون له في رفعها صفة، كأن يكون فضوليا، فلا تسمع دعواه وتكون باطلة. وكذلك الدعوى المرفوعة على من ليس بخصم، والدعوى المرفوعة ممن ليس له أهلية التصرفات الشرعية، والدعوى التي لا تستند إلى حق ولو في الظاهر، كمن يطلب في دعواه الحكم على آخر بوجوب إقراضه مالا لأنه معسر، ودعوى ما ليس مشروعا، كدعوى المطالبة بثمن خمر، أو خنزير، أو ميتة.

وقد تسمى هذه الدعاوى عند غير الحنفية بالدعاوى الفاسدة، وهو اصطلاح عام عندهم يدخل تحته جميع الدعاوى المختلة في أية ناحية من نواحيها الأساسية، وقد صنفها الماوردي من علماء الشافعية إلى صنفين:

الصنف الأول: ما عاد فساده إلى المدعي، وذلك كمسلم ادعى نكاح مجوسية، فهذه دعوى باطلة لامتناع مقصودها في حق المدعي.

الصنف الثاني: ما عاد فساده إلى الشيء المدعى، وجعل هذا الصنف على ثلاثة أضرب:

الضرب الأول: دعوى ما لا تقر اليد عليه، كالخمر والخنزير.

الضرب الثاني: دعوى ما تقر عليه اليد، ولا تصح المعاوضة عنه، كجلد الميتة والسماد النجس، فهذه تقر عليها اليد، للانتفاع بجلد الميتة إذا دبغ، وبالسماد في الزروع والشجر، فإذا توجهت الدعوى إلى شيء من هذا، لم يخل من أن يكون باقيا أو تالفا، فإن كان تالفا كانت الدعوى باطلة، لأنه لا يستحق بتلفها مثل ولا قيمة، وإن كانت باقية لم يخل أن يدعيها بمعاوضة أو بغير معاوضة، فإن كانت الأولى، كأن يدعيها بالابتياع، كانت الدعوى باطلة، إلا أن يكون قد دفع ثمنها، فتكون دعواه متوجهة إلى الثمن إذ طلبه، ويكون ذكر ابتياعها إخبارا عن السبب الموجب لاسترجاع الثمن. أما إذا ادعاها بغير معاوضة، فقد صحت دعواه من أحد ثلاثة أوجه: دعوى غصبها، ودعوى الوصية بها، ودعوى هبتها.

الضرب الثالث: دعوى ما تقر اليد عليه ملكا، ولا يجوز أن ينتقل من مالك إلى مالك، وهذا كالوقف، فالدعوى فيه على المالك فاسدة، ولا يجوز أن يسمعها القاضي على مالك، لاستحالة انتقاله عن ملكه إلى ملك غيره.[1]

٢٣ - الدعاوى الممنوع سماعها: وهذه الدعاوى صحيحة في أصلها، وإنما منع القضاة من سماعها، لاقتضاء المصلحة ذلك، وهذه كدعوى ما تقادم زمانه في يد المدعى عليه أو ذمته، قال في الدر المختار: (القضاء مظهر لا مثبت، ويتخصص بزمان ومكان وخصومة،

---

(١) الحاوي للماوردي ج١٣ ق ٤٠ ب، ٤١ أ

حتى لو أمر السلطان بعدم سماع الدعوى بعد خمس عشرة سنة، فسمعها لم ينفذ) قال ابن عابدين: (السلاطين آل عثمان يأمرون قضاتهم في جميع ولاياتهم أن لا يسمعوا دعوى بعد مضي خمس عشرة سنة سوى الوقف والإرث، ونقل في الحامدية فتاوى من المذاهب الأربعة بعدم سماعها بعد النهي المذكور. لكن هل يبقى النهي بعد موت السلطان الذي نهى حيث لا يحتاج بعده إلى نهي جديد؟ أفتى في الخيرية بأنه لا بد من تجديد النهي، ولا يستمر...).[1]

وعدم سماع الدعوى بمرور الزمان إنما هو للنهي عنه من السلطان، فيكون القاضي معزولا عن سماعها، لما تقدم من أن القضاء يتخصص بالزمان، فإذا أمر السلطان بسماعها بالرغم من مرور الزمان عليها فإنها تسمع، والغرض من النهي قطع الحيل والتزوير، وعدم سماع القاضي لها إنما هو عند إنكار الخصم، فلو اعترف تسمع، إذ لا تزوير مع الإقرار.

وعدم سماعها لا يكون إلا حيث يتحقق تركها المدة المقررة، فلو ادعى المدعي في أثنائها، لم يمنع من سماع دعواه ثانية، ما لم يكن بين الدعوى الأولى والثانية هذه المدة، وشرط الدعوى القاطعة للمدة أن تكون في مجلس القاضي، فلو أن شخصا ترك دعواه مدة خمس عشرة سنة ولم يدع عند القاضي، بل طالب خصمه بحقه مرارا في غير مجلس القاضي، فمقتضى ما تقدم أن لا تسمع دعواه. وترك الدعوى إنما يتحقق بعد ثبوت حق صاحبها، فلو مات زوج المرأة، أو طلقها بعد عشرين سنة مثلا من وقت النكاح فلها طلب مؤخر المهر، لأن حق طلبه إنما ثبت لها بعد الموت أو الطلاق، لا من وقت النكاح. ومثله ما لو أخر المدعي دعواه مدة التقادم لإعسار المديون، ثم ثبت يساره بعد ذلك، فتحسب المدة من وقت ثبوت اليسار.[1]

أنواع الدعاوى باعتبار نوع الشيء المدعى:

٢٤ - المدعى في الدعوى لا يخلو من أن يكون أحد الحقوق التي قررها الشارع، وهذه الحقوق تعود في جملتها إما إلى حفظ النوع الإنساني وبقاء النسل وما يتبع ذلك، وإما إلى حفظ الفرد الإنساني وما يتبعه من حفظ عرضه وعقله ودينه وغير ذلك.[2]

وقد شرعت الدعاوى من أجل حماية هذه الحقوق، فتتنوع بتنوعها، وذلك من جهات مختلفة:

٢٥ - أولا: المدعى قد يكون فعلا محرما وقع من

---

(١) حاشية ابن عابدين ٤ / ٣٤٢ - مطبعة مصطفى الحلبي ١٣٨٦هـ.

(١) حاشية ابن عابدين ٤ / ٣٤٣.

(٢) العناية ٦ / ١٣٧ بهامش فتح القدير، مطبعة مصطفى محمد ١٣٥٦هـ.

شخص ويوجب عقوبته، كالقتل، أو قطع الطريق، أو السرقة، أو غير ذلك من أسباب العدوان. وقد لا يكون كذلك، بأن يدعي شخص عقدا من بيع، أو قرض، أو رهن، أو غيرها. فيتفرع على ذلك تقسيم الدعاوى إلى قسمين رئيسيين هما: دعاوى التهمة، ودعاوى غير التهمة.

وفائدة هذا التقسيم تظهر في الإجراءات وطرق الإثبات المتبعة في كل من القسمين:

١ - فإن بعض دعاوى التهم والعدوان لا يثبت إلا بنصاب معين من الشهود يزيد على النصاب المطلوب في الدعاوى الأخرى. وكثير منها لا يثبت بالنكول إذا صدر من المدعى عليه.

٢ - ثم إن كثيرا من الفقهاء قد أجازوا في حق المتهم في دعاوى التهمة أساليب من الإجراءات لا يجوز اتخاذها في الدعاوى الأخرى، وذلك كحبس المتهم إذا كان ممن تلحقهم التهمة المنسوبة إليه، أو كان مجهول الحال.[1]

٢٦ - ثانيا: المدعى إما أن يكون عينا، أو دينا، أو حقا شرعيا محضا. وبناء على ذلك يمكن تصنيف الدعاوى إلى ثلاثة أصناف:

الصنف الأول: دعاوى العين: وهي التي يكون محلها عينا من الأعيان، والعين إما أن تكون عقارا فتسمى بدعوى العقار، أو تكون منقولا فتسمى دعوى المنقول.

(١) تبصرة الحكام ٢/ ١٥٣، ١٥٨، ١٥٩.

الصنف الثاني: دعاوى الدين: وهي ما يكون محلها دينا في الذمة، مهما كان سبب هذا الدين، سواء أكان عقد قرض، أم ثمن مبيع، أم ضمانا لشيء أتلفه المدعى عليه.

الصنف الثالث: دعاوى الحقوق الشرعية. ويقصد بها الدعاوى التي يطلب فيها الحقوق الأخرى التي لا تدخل في زمرة الأعيان ولا زمرة الديون، وليس لها خصائصها من قابلية الانتقال بعوض أو بغيره، ومعظمها يتعلق بالحقوق العائلية من نسب ونكاح وحضانة وغير ذلك. ومنها دعاوى الشفعة.[1]

ويستفاد من هذا التصنيف لأنواع الدعاوى أمران هما:

١ - معرفة الخصم الذي توجه إليه الدعوى، فقد وضع الفقهاء قواعد - سيأتي ذكرها - لتعيين المدعى عليه في كل صنف من تلك الأصناف، وجعلوا لكل نوع قاعدة خاصة، لمعرفة من هو الخصم في الدعوى.

٢ - معرفة الطريقة التي يعلم بها المدعى في كل نوع، فجعلوا لمعلومية المدعى في دعاوى الدين قاعدة عامة، وكذلك لدعاوى العين، ودعاوى الحقوق المحضة. وفي كل مرة يريد القاضي تحديد الشيء المدعى في الدعوى ينبغي عليه أن يعرف من أي صنف هي.

(١) أدب القضاء لابن أبي الدم ص ١٥١ - ط دار الكتب الحديثة - الكويت.

٢٧ ـ ثالثاً: المدعى قد يكون حقاً أصلياً، وقد يكون يداً وتصرفاً. وبناء عليه تنقسم الدعاوى إلى قسمين: دعاوى الحق، ودعاوى الحيازة أو دعاوى وضع اليد، وفي الأولى يطلب الحكم بالحق الأصلي، وهو حق الملك وما يتفرع عنه من الحقوق، ويطلب في الثاني الحكم بوضع اليد على العين محل الدعوى.

والحيازة مصلحة يرعاها الشارع ويحميها إلى أن يتبين ارتكازها على سبب باطل، فلا يعترف بها عندئذ وإن طالت. ولذلك صرح كثير من الفقهاء بأن اليد أو (الحيازة) حق مقصود للإنسان،[1] فيصح أن تطلب بالدعوى، سواء أطلب الحكم بها أم طلبت إعادتها لمن سلبت منه، أم طلب دفع التعرض لها أم غير ذلك.

ومن الدعاوى التي شرعت لهذا الغرض:

٢٨ ـ أ ـ دعوى دفع التعرض: والتعرض المقصود في هذا المقام هو أن يحاول غير ذي حق الاستيلاء على ما هو لغيره بالقهر والغلبة، أو بالاستعانة بقضاء القاضي، فيرفع صاحب الحق دعوى يطلب بها منع تعرضه له إن لم يستطع دفعه بنفسه.

وقد قرر فقهاء الشافعية أن التعرض هو كل ما يتضرر به صاحب الحق المدعى: إما بمد اليد إلى ملكه، أو بما يمنعه من التصرف فيه، أو بملازمته عليه وقطعه عن أشغاله.[1]

وقد أجاز الفقهاء هذه الدعوى مهما كان محلها عقاراً أو منقولاً،[2] بل ذهب الشافعية إلى جوازها لدفع تعرض موجه إلى ذمة شخص آخر، كأن يطالبه بدين يدعيه في ذمته، فيتضرر من هذه المطالبة، كأن يلازمه في نفسه أو يشنع عليه في جاهه، أو غير ذلك. أما إذا كانت مطالبته لا تضره، فإنها لا تصح دعوى دفع التعرض منه.[3]

وتختلف هذه الدعوى عن دعوى قطع النزاع بأن هذه الأخيرة عبارة عن طلب إنسان غيره عند القاضي بدون أن يعارضه في شيء يضره، ويقول للقاضي: بلغني أن فلاناً يريد منازعتي ومخاصمتي، وأريد قطع النزاع بيني وبينه، فاطلب إحضاره، حتى إذا كان له علي حق فليبينه أمامك بالحجة، وإلا فليعترف أني بريء من كل حق يدعيه، فهذا القول لا يسمع منه، لأن المدعي لا يجبر على الخصومة.[4]

٢٩ ـ ب ـ دعوى استرداد الحيازة: يجوز

---

(١) المبسوط ١٧/ ٣٥، الهندية ٦/ ٢٥٦ ـ ٢٥٧، الشرح الصغير ٤/ ٢٣٠

(١) الفتاوى للبارزي ج ١٣ ق ١١ ب، الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٥٠٧ ـ ٥٠٨ ـ طبع دار الكتب العلمية، بيروت.

(٢) البحر الرائق ٧/ ١٩٤، الحاوي جـ ٦٣ ق ٤٤ ب، المغني ٩/ ٨٥

(٣) الحاوي جـ ٦٣ ق ٤٤ ب

(٤) البحر الرائق ٧/ ١٩٤

لصاحب اليد المحقة أن يطلب من القاضي إعادة حيازته المغصوبة منه بالقهر أو الحيلة أو الخداع، فلمالك العين أو مستعيرها أو مستأجرها أو مرتهنها أن يرفع الدعوى لاسترداد ما سلب منه، إلا إذا كان سالب الحيازة محقا فيها فعلا فيقضى له بحقه وحيازته.

شروط الدعوى :

٣٠ - يشترط لصحة الدعوى جملة شروط بعضها في القول الذي يصدر عن المدعي بقصد به طلب حق لنفسه، وبعضها في المدعي والمدعى عليه، وبعضها في المدعى به، وبعضها في ركن الدعوى.

أولا : ما يشترط في القول الذي يصدر عن المدعي ويطلب به حقا لنفسه :

يشترط في هذا القول عدة شروط، وهي :

٣١ - الشرط الأول : أن لا تكون الدعوى مناقضة لأمر سبق صدوره عن المدعي.[1]

والتناقض في اصطلاح الأصوليين تقابل الدليلين المتساويين على وجه لا يمكن الجمع بينهما بوجه.[1]

والمقصود به في هذا المقام أن يسبق من المدعي ما يعارض دعواه بحيث يستحيل الجمع بين السابق واللاحق،[2] وذلك كما لو ادعى شخص أن هذه الدار وقف عليه، ثم ادعاها لنفسه أو لغيره، فلا تقبل لوجود التناقض بين الدعويين، إذ الوقف لا يصير ملكا.[3]

والتناقض المانع من سماع الدعوى قد يقع من المدعي في الدعوى الأصلية، كما لو طلب شخص شراء شيء من غيره، أو هبته منه، أو إيداعه عنده أو إجارته له، ثم ادعى ملكية هذا الشيء، وكما لو خطب رجل امرأة يريد نكاحها، ثم ادعى أنه زوجها.[4] وقد يقع من المدعى عليه في دفع من الدفوع التي يقدمها، كما لو ادعى شخص على آخر وديعة، فأنكرها المدعى عليه، فأقام المدعي البينة على الإيداع، فدفع المدعى عليه بردها أو هلاكها،

---

(١) المبسوط ١٧/ ٩٦، بدائع الصنائع ٦/ ٢٢٣ - ٢٢٤، الأشباه والنظائر لابن نجيم ص٨٧، الطبعة الحسينية بمصر ١٣٢٢هـ، القوانين الفقهية لابن جزي ص٢٩١، تبصرة الحكام ١/ ١٣٦، ١٣٧، شرح المحلي على المنهاج ٤/ ٣٣٤، تحفة المحتاج ١٠/ ٢٩٦، مغني المحتاج ٤/ ١١٠ طبع سنة ١٣٧٧هـ، الفروع ٣/ ٨٠٨، غاية المنتهى ٣/ ٤١٨، كشاف القناع ٤/ ٢٠٣.

(١) كشاف اصطلاحات الفنون المجلد الثاني ص١٤١٣

(٢) حنوكه البطروبة ص٩٨

(٣) درر الحكام وحاشية الشرنبلالي ٢/ ٣٥٥، تنوير الأبصار والدر المختار ص٧/ ٩٨

(٤) جامع الفصولين ١/ ١٩٩ - الطبعة الأزهرية - الطبعة الأولى ١٣٠٠هـ، شرح المحلي على المنهاج ٤/ ٣٤٤

فلا يقبل دفعه ، لتناقضه مع إنكاره السابق .[1]

ويجمع هذه الأمثلة وأشباهها أن من ادعي عليه بحق من الحقوق فجحد أن يكون عليه شيء ، فلما خاف أن تقوم عليه البينة بذلك أقر به وادعى فيه وجها من وجوه الإسقاط ، لم ينفعه ذلك ولم يقبل منه .[2]

ولا يتحقق التناقض المانع من سماع الدعوى إلا بشروط هي :

٣٢ ـ أ ـ أن يكون الأمران المتناقضان (وهما الدعوى وما صدر قبلها من قول أو فعل) صادرين عن شخص واحد ، وهو المدعي ، أو عن شخصين هما في حكم الشخص الواحد ، كما هو الحال في الوكيل والموكل ، والوارث والمورث . فلو أن الوكيل ادعى عينا لموكله ، وكان هذا الموكل قد سبق منه إقرار بأن تلك العين ليست له ، وإنما هي لغيره ، لم تقبل دعوى الوكيل لتناقضها لإقرار الموكل .[3]

٣٣ ـ ب ـ أن لا يقع من المدعي توفيق بين دعواه وما صدر عنه مما يناقضها ، وقد ذهب إلى هذا جمهور الفقهاء (المالكية والشافعية والحنابلة وزفر من الحنفية) .[1]

وأما فقهاء الحنفية فقد اختلفت آراؤهم في هذا الشرط على أربعة أقوال :

الأول : مثل رأي الجمهور .[2]

الثاني : أنه لا يشترط وقوع التوفيق الفعلي من المدعي بين المتناقضين ، وإنما يشترط عدم إمكان التوفيق بينهما بأي وجه من الوجوه ، وذلك في جميع صور التناقض ، وسواء أوقع في الدعوى الأصلية ، أم وقع في الدفع من المدعى عليه ، وسواء أكان وجه التوفيق بيّنا أم مبهما .[3]

فبناء على هذا الرأي إذا دفع الخصم بتناقض خصمه في دعواه اكتفي لرد هذا الدفع أن يتصور القاضي إمكان الجمع بين المتناقضين ، ولا يشترط سؤال المتناقض ـ ظاهر ـ أن يوفق بينهما فعلا .

فلو أن شخصا ادعى دارا بهبة أو شراء من أبيه ، ثم ادعاها إرثا منه تسمع دعواه الثانية لإمكان التوفيق بين الكلامين ، بأن يكون قد ابتاع الدار من أبيه ، فعجز عن إثبات ذلك لعدم

---

(١) معين الحكام ص ١٤٩ ، العقد المنظم للحكام ١٩٨/٦ ، تبصرة الحكام ١٣٦/٦ ـ ١٣٧

(٢) تبصرة الحكام ١٣٦/١

(٣) الأشباه والنظائر لابن نجيم ص٨٢ ، تحفة المحتاج وحاشية الشرواني ٢٩٦/١٠

(١) القوانين الفقهية ص٢٩١ ، أدب القضاء لابن أبي الدم ق١٥٤ ب ، مختصر الفتاوى المصرية ص٦٠٨ ، جامع الفصولين ١٦٨/٦ ، درر الحكام ٣٥/٢

(٢) جامع الفصولين ١٥٢/١

(٣) جامع الفصولين ١٥٤/١ ـ ١٥٩ ، طبع ١٣٠٠هـ ، حاشية ابن عابدين ٤٤/٧ طبع ١٣٨٦هـ

البينة، ثم ورثها بعد ذلك. غير أنه لو ادعى أولا انتقال الدار إليه بالإرث، ثم ادعاها بالشراء لا تقبل دعواه الأخرى، للتناقض وتعذر التوفيق.[1]

الثالث: أنه يشترط عدم إمكان التوفيق إذا وقع التناقض في كلام المدعى عليه (أي: في دفعه للدعوى الأصلية). أما إذا وقع التناقض من المدعي في الدعوى الأصلية، فلا يشترط في اعتباره عدم إمكان التوفيق، وإنما عدم وقوع التوفيق الفعلي من المتناقض. ويعتبر التناقض مانعا من سماع الدعوى، وإن كان التوفيق ممكنا، إذا لم يقم المدعي بالتوفيق الفعلي بين أقواله المتناقضة.[2]

الرابع: أنه يشترط عدم التوفيق الفعلي لاعتبار التناقض مانعا من سماع الدعوى إذا كان ظاهرا نفيا وإثباتا، وكان التوفيق خفيا، وإلا فيشترط عدم الإمكان، فمن كان قد ادعى لغيره عينا لا يمكن أن يدعيها لنفسه بعد ذلك، مع أنه يحتمل أن يكون قد اشتراها منه بعد تاريخ الدعوى السابقة، فإن وفق بهذا فعلا، وبرهن عليه قبلت دعواه وسمعت بينته، وإلا فلا،[3] لأن دعواه الأولى إقرار بالملك لغيره ونفي للملك عن نفسه، ودعواه الثانية إيجاب الملك لنفسه ونفيه عن غيره، فتناقض النافي والمثبت، فلا بد من التوفيق الفعلي في هذه الحالة، لظهور التناقض وخفاء التوفيق.

بخلاف ما لو ادعى شخص على آخر مبلغا من المال، فدفع المدعى عليه بأنه أداه له في مكان كذا، فلما لم يستطع إثبات ذلك دفع بأنه أدى الدين في مكان آخر غير الذي ذكره في الدفع الأول، فيقبل دفعه الثاني، لإمكان التوفيق بأن يكون أداه مرتين لقطع مطالبته.[1]

٣٤ - ج - ويشترط لتحقق التناقض المانع من سماع الدعوى أن لا يكون الكلام الأول قد كذب شرعا بالقضاء،[2] فلو ادعى شخص على آخر أنه كفل له عن مديونه بألف، فأنكر الكفالة، وبرهن الدائن أنه كفل عن مديونه، وحكم به القاضي، وأخذ المكفول له منه الألف، ثم إن الكفيل ادعى على المديون أنه كفل عنه بأمره وبرهن على ذلك، قبلت هذه الدعوى وسمعت البينة، وإن كانت هذه الدعوى مناقضة لما سبق منه من إنكار الكفالة عندما ادعاها عليه الدائن، وذلك لأن إنكاره السابق

---

(1) جامع الفصولين ١/ ١٢٨

(2) الدر المختار مع تكملة حاشية ابن عابدين ٧/ ١٦، المجاني الزهرية ص ٦٠

(3) درر الحكام ٢/ ٣٥٥، جامع الفصولين ١/ ١٦٤

---

(1) جامع الفصولين ١/ ١٤٦

(2) الفواكه البدرية ص ٩٩، الدر المختار وتكملة حاشية ابن عابدين ٧/ ٦٨، جامع الفصولين ١/ ١٤٠

بطل أثره بتكذيب الحاكم له .(١)

هذا وقد قرر فقهاء الحنفية أن التناقض يغتفر في الدعوى في المسائل التي تخفى أسبابها مثل مسائل النسب وبعض المسائل المتعلقة بالطلاق وغيرها .(٢)

ما يرتفع به التناقض :

٣٥ - يرتفع التناقض عند فقهاء الحنفية بأمرين نبين هما : التوفيق الفعلي بين المتناقضين ، وقد تقدمت الإشارة إلى ذلك ، وتصديق الخصم . فلو أن شخصا ادعى على آخر ألف دينار بسبب القرض ، ثم ادعاء عليه بسبب الكفالة ، فصدقه المدعى عليه سمعت دعواه بالرغم من تناقضه .(٣)

هذا وقد قرر الحنفية أن التناقض مغتفر فيما كان مبنيا على الخفاء .

ففي مجلة الأحكام العدلية (م١٦٥٥) : «يعفى عن التناقض إذا ظهرت معذرة المدعي وكان محل خفاء» .

ومن أمثلة ذلك ما أفتى به في الحامدية من أنه إذا مات زيد عن ورثة بالغين ، وخلف حصته من دار ، وصدق الورثة أن بقية الدار لفلان وفلان ، ثم ظهر أن مورثهم المذكور اشترى بقية الدار من ورثة فلان وفلان في حال صغر المصدقين ، وأنه خفي عليهم ذلك ، تسمع دعواهم ، لأن هذا تناقض في محل الخفاء فيكون عفوا .

ومن ذلك دعوى النسب أو الطلاق ، لأن النسب مبني على أمر خفي وهو العلوق ، إذ هو مما يغلب خفاؤه على الناس ، فالتناقض في مثله غير معتبر ، والطلاق ينفرد به الزوج .

ومن ذلك : المدين بعد قضاء الدين لو برهن على إبراء الدائن له . والمختلعة بعد أداء بدل الخلع لو برهنت على طلاق الزوج قبل الخلع ،(١) وغير ذلك . وهكذا كل ما كان مبنيا على الخفاء فإنه يعفى فيه عن التناقض .

هذا هو الصحيح من مذهب الحنفية كما أفتى في الحامدية ، وهو قول الأكثرين من فقهاء مذهب المالكية ، فقد نقل الحطاب عن القرافي أنه : إذا أقر الوارث أن ما تركه أبوه ميراث بين الورثة على ما عهد في الشريعة وعلى ما تحمل عليه الديانة ، ثم جاء بشهود أخبروه أن أباه أشهدهم أنه تصدق عليه في صغره بهذه الدار

---

(١) جامع الفصولين ١/ ١٤٠ ، تكملة حاشية ابن عابدين ٧/ ١٨

(٢) بدائع الصنائع ٩/ ٤٣٣٠ ، درر الحكام ٢/ ٣٥٦ ، الفواكه الدواني ص ١٠٠ ، الأشباه والنظائر لابن نجيم ص٢٨٧ ، جامع الفصولين ١/ ١٣٥ - ١٣٦

(٣) الدر المختار مع التكملة ٧/ ١٧ - ١٨

(١) مجلة الأحكام وشرحها للأتاسي ٥/ ١٤٤ ، ١٤٥ - ١٤٨ ، ودرر الحكام ٤/ ١٦٨ ، وتنقيح الفتاوى الحامدية ٢/ ٢٩ - ٣٠ و١٧٥ ، والزيلعي وهامشه ٤/ ٩٩ - ١٠٠ ، والبدائع ٦/ ٢٢٤

وحازها له ، أو أقر الأب أنه ملكها عليه بوجه شرعي ، فإنه إذا رجع عن إقراره بأن التركة كلها موروثة إلا هذه الدار المشهود له بها دون الورثة واعتذر بإخبار البينة له ، وأنه لم يكن عالماً بذلك بل اعتمد على العادة ومقتضى ظاهر الشريعة ، فإنه تسمع دعواه ويقبل عذره ويقيم بينته ، ولا يكون إقراره السابق مكذباً للبينة وقادحاً فيها ، لأن هذا عذر عادي يسمع مثله .

ونقل عن سحنون ما يخالف ذلك .[1]

والأصح عند الشافعية : أن البينة تقبل للعذر ، ومقابل الأصح لا تقبل للمناقضة .[2]

وهذا على ما جاء في نهاية المحتاج والقليوبي .

وفي حواشي الشرواني وابن قاسم على تحفة المحتاج : لو أقر بدين لآخر ، ثم ادعى أداءه إليه وأنه نسي ذلك حالة الإقرار سمعت دعواه للتحليف فقط ، وإن أقام بينة بالأداء قبلت على ما أفتى به بعضهم لاحتمال ما قاله ، فلا تناقض ، كما لو قال : لا بينة لي ، ثم أتى ببينة تسمع .[3]

وعند الحنابلة : لا تسمع البينة بعد الإنكار ، فمن ادعي عليه بحق فأنكره ، ثم ثبت عليه الحق فادعى القضاء أو إبراء المدعي له سابقاً على زمن إنكاره ، كما لو ادعى عليه ألفاً من قرض أو ثمن مبيع فقال : ما اقترضت منه وما اشتريت منه ، فثبت أنه اقترض أو اشترى منه ببينة أو إقرار فقال : قضيته أو أبرأني قبل هذا الوقت ، لم يقبل منه ذلك وإن أقام به بينة ، لأن إنكار الحق يقتضي نفي القضاء أو الإبراء منه ، لأنهما لا يكونان إلا عن حق سابق ، فيكون مكذباً لنفسه .[1]

٣٦ ـ الشرط الثاني : أن تكون الدعوى بتعبيرات جازمة وقاطعة ولا تردد فيها . فلا تصح الدعوى بنحو : أشك أو أظن أن لي على فلان مبلغ كذا ، أو أنه غصب مني دابتي .[2]

وقد استثني من هذا الشرط دعاوى الاتهام (الدعاوى الجنائية) ، فإنها تجوز بالألفاظ المترددة ، فإذا قال : أتهمه بسرقة دينار مثلاً ، فإن دعواه تسمع ، لأن دعاوى الاتهام ترجع في أساسها إلى الشك والظن .[3]

٣٧ ـ الشرط الثالث : أن يذكر المدعي في دعواه أنه يطالب بالحق الذي يدعيه : وهذا الشرط اختلف فيه الفقهاء ، وفي معظم المذاهب قولان بخصوصه . الراجح منهما : عدم اشتراطه ، والاكتفاء بدلالة الحال . واشترطه أصحاب

---

(١) الحطاب ٥/ ٢٢٣ ، والفروق للقرافي ٤/ ٣٨

(٢) نهاية المحتاج ٨/ ٣٥٠ ، وقليوبي ٤/ ٣٠٥

(٣) حواشي الشرواني وابن قاسم على تحفة المحتاج ٥/ ٣٩٩

(١) شرح منتهى الإرادات ٣/ ٤٩٣ ، والمغني ٩/ ٢٣٦ ـ ٢٣٧

(٢) حاشية الدسوقي ٤/ ١٤٤ ، لب اللباب ص٢٥٥

(٣) حاشية الدسوقي ٤/ ١٤٤

المتون والشروح من فقهاء الحنفية ولم يصرحوا بتصحيحه، بينما صرح أصحاب الفتاوى منهم بتصحيح خلافه.

وعدم اشتراطه ظاهر مذهب المالكية، وأحد قولين في المذهب الشافعي، والراجح عند الحنابلة.

واحتج القائلون باشتراطه بأن حق الإنسان يجب إيفاؤه بطلبه، والحكم حق المدعي، فيجوز أن يكون غير طالب له إن لم يصرح بذلك، وإنما ذكر القضية على سبيل الحكاية والاستفتاء، فإذا طلبه تبين غرضه، ولأن القاضي نصب لقطع الخصومات، لا لإنشائها، فإذا طلب المدعي القضاء له بحقه أجابه إلى طلبه، وإن سكت سكت، فإن نظر في الدعوى من غير ما طلب للحق من المدعي كان منشئا للخصومة، وهو ما لم يجعل القضاء لأجله.

واحتج الآخرون بأن المقدمات ودلائل الحال تشير إلى أن المدعي لا يقصد بدعواه إلا الحكم له بحقه، وتسليمه إليه، وكون المدعي يقول ذلك حكاية بعيد جدا، لأن مجالس القضاء لم تنشأ لهذا الغرض.[1]

(١) بدائع الصنائع ٦/ ٢٢٢، العناية وتكملة فتح القدير ٦/ ١٤٤، الفواكه البدرية ص١٠، العناية وتكملة فتح القدير ٦/ ١٤٧، تبصرة الحكام ١/ ٣٨ طبع ١٣٠١هـ.

٣٨ - الشرط الرابع: أن تكون الدعوى بلسان المدعي عينا: وهذا الشرط اختص به أبو حنيفة، فلم يجز التوكيل إلا أن يكون في المدعي عذر مقبول، أو يرضى خصمه بالتوكيل.

وذهب جمهور الفقهاء إلى عدم اشتراطه، وجواز التوكيل بالخصومة شاء المدعى عليه أم أبى.[1]

٣٩ - الشرط الخامس: أن يذكر المدعي في دعوى العين أن المدعى به في يد الخصم.

ويستثنى من هذا الشرط دعوى منع التعرض، لأن الخصم فيها يتعرض للمدعي ويكون العين في يد هذا الأخير.[2]

ثانيا: شروط المدعي والمدعى عليه:

يشترط في كل من المدعي والمدعى عليه شرطان: شرط الأهلية، وشرط الصفة.

٤٠ - شرط الأهلية: لما كانت الدعوى تصرفا

- الحاوي الكبير ج١٣ ق٤٤ أ، المغني ٩/ ٨٦، الروض الندي ص٥١٢، غاية المنتهى ٣/ ٤٩٩، كشاف القناع ٤/ ٣٠٣

(١) بدائع الصنائع ٦/ ٢٢٢، تبصرة الحكام ١/ ١١١ طبع ١٣٠١هـ، فتح المعين وترشيح المستفيدين ص٢٤٠، منتهى الإرادات - القسم الأول ص٤٤١

(٢) العناية ٦/ ١٤٤، مواهب الجليل ٦/ ١٢٥، مغني المحتاج ٤/ ٤٦٥، الشرواني على تحفة المحتاج ١٠/ ٢٩٦، الحاوي الكبير ١٣/ ق ٣١ب

يترتب عليه أحكام شرعية وكذلك الجواب عنها، فقد ذهب الفقهاء في الجملة على أن يكون كلٌ من المدعي والمدعى عليه أهلاً للقيام بالتصرفات الشرعية.[1] وأما من ليس أهلاً فيطالب له بحقه ممثله الشرعي من ولي أو وصي.

والحنفية لا يشترطون كمال الأهلية في كلا الطرفين، ويكتفون بالأهلية الناقصة، وكذلك المالكية في حق المدعي،[2] ويشترط الرشد عندهم في المدعى عليه. والشافعية والحنابلة يستثنون بعض الحالات ولا يشترطون فيها كمال الأهلية، وتفصيل ذلك فيما يأتي:

١ ـ ذهب الحنفية إلى أنه يجوز للصبي المميز المأذون له أن يرفع الدعوى وأن يكون مدعى عليه،[3] وذلك لأن الدعوى والجواب عليها من التصرفات الدائرة بين النفع والضرر، فتصح من الصبي الذي أذن له وليه، ولا تصح عن لم يؤذن له.

٢ ـ والمالكية يفرقون بين المدعي والمدعى عليه: فأما المدعي فلا يشترط فيه الرشد، وتصح الدعوى من السفيه والصبي، ولا يشترطون أن يكون مأذوناً له كما هو الحال عند الحنفية.[1] وأما المدعى عليه، فتشترط فيه الأهلية الكاملة، فإن كان عديمها أو ناقصها لم تصح الدعوى عليه.

٣ ـ وأما الشافعية فالأصل عندهم اشتراط البلوغ في المدعي والمدعى عليه، ولكنهم قالوا: تسمع الدعوى على المحجور عليهم فيما يصح إقرارهم به، فتسمع الدعوى بالقتل على السفيه.[2]

٤ ـ وقال الحنابلة: تصح الدعوى على السفيه فيما يؤخذ به حال سفهه، فتصح عليه دعوى الطلاق والقذف.[3]

والفقهاء الذين يجيزون القضاء على الغائب، وهم غير الحنفية قالوا بسماع الدعوى على الصغير والمجنون والميت إذا كان مع المدعي بينة بما يدعيه، وكانت حاضرة لديه وبشروط أخرى ستأتي. ويحلفه القاضي يميناً سماها بعضهم (يمين الاستظهار)، ويذكر فيها

---

(١) درر الحكام ٢/ ٣٣١، الفتاوى الهندية ٤/ ٢، تبصرة الحكام ١/ ١٣٣، المنهاج مع شرح المحلي ٤/ ١٦٣، مغني المحتاج ٤/ ٤٠٧ ـ ٤٠٨، إعانة الطالبين ٤/ ٢٤٦، الفروع ٦/ ٥٠٨، كشاف القناع ٤/ ٢٧٧

(٢) جامع أحكام الصغار على هامش جامع الفصولين ١/ ٣٠٣ ـ ٣٠٤، مغني المحتاج ٤/ ٤٠٧ ـ ٤٠٨

(٣) درر الحكام ٢/ ٣٠٣، المجنى الزهرية على الفواكه البدرية ص٨٨، جامع أحكام الصغار ١/ ٣٧

(١) مواهب الجليل ٦/ ١٢٧

(٢) المنهاج وشرح المحلي وحاشية قليوبي ٤/ ١٦٣ ـ ١٦٤، تحفة المحتاج ١٠/ ٢٩٢، مغني المحتاج ٤/ ١١٠ طبع ١٣٣٧هـ

(٣) منتهى الإرادات ـ القسم الثاني ص٦٢٨، الفروع ٦/ ٥٠٨، كشاف القناع ٤/ ٢٧٧

أنه لم يستوف ما ادعى به ممن أقام البينة عليهم، ولا أبرأهم من ذلك.[1]

وأما الحنفية، فلأنهم لا يجيزون الدعوى إلا على خصم حاضر ومكلف، ولا يجيزون القضاء على الغائب، وإن أحضر المدعي بينة بدعواه، فهم من طريق أولى لا يجيزون سماع الدعوى على الصغير أو المجنون أو الميت، حيث هم أضعف حالا من الغائب.

شرط الصفة :

٤١ - المقصود به أن يكون كل من المدعي والمدعى عليه ذا شأن في القضية التي أثيرت حولها الدعوى، وأن يعترف الشارع بهذا الشأن ويعتبره كافيا لتخويل المدعي حق الادعاء، ولتكليف المدعى عليه بالجواب والمخاصمة.

ويتحقق ذلك في المدعي إذا كان يطلب الحق لنفسه، أو لمن يمثله.[2] ويحق للدائن أن يرفع دعوى لمدينه يطالب فيه بحقوقه إذا أحاط الدين بأمواله وأشهر إفلاسه.

والقاعدة في هذا عند الشافعية : أن من يدعي حقا لغيره، فإن كان هذا الحق منتقلا إليه صحت دعواه، وإلا فلا، فتصح الدعوى من الوارث فيما يدعيه لمورثه، ولا تصح من الدائن الذي يرفع دعوى لمدينه إذا لم يشهر إفلاسه.[1]

ب - والمدعى عليه أيضا يجب أن يكون ذا صفة، فلا تصح الدعوى إلا إذا رفعت في وجه من يعتبره المشرع خصما، ويجبره على الدخول في القضية، ليجيب بالاعتراف أو بالإنكار.

والقاعدة في ذلك: أن من ادعى على إنسان شيئا، فإن كان المدعى عليه لو أقر يصح إقراره، ويترتب عليه حكم، فإنه يكون بإنكاره خصما في الدعوى، وتصح بتوجيهها إليه. أما إذا كان لا يترتب على إقراره حكم لم يكن خصما بإنكاره.[2] وبناء على هذه القاعدة حدد الفقهاء الخصم في مختلف أنواع الدعاوى :

أ - ففي دعاوي العين يكون الخصم من كانت هذه العين في يده.[3] وذلك لأن أي شخص ليست العين المدعاة في يده ليس له أن يقر بها، والحائز لها هو الذي يملك أن يقر بها، فهو إذن الخصم في دعواها.

واليد التي يكون صاحبها خصما في الدعوى هي التي تدل على الملك في الظاهر، فإن لم تكن

---

(١) مغني المحتاج ٤/ ٤٠٧ - ٤٠٨، والدسوقي ٤/ ١٦٢، ٢٢٧

(٢) تبصرة الحكام ١/ ١٠٩

(١) تحفة المحتاج ١٠/ ٣٠٠ - ٣١، مغني المحتاج ٢/ ١٤٧ طبع الحلبي ١٣٧٧هـ

(٢) مواهب الجليل ٦/ ١٢٥

(٣) الهداية والعناية والتكملة ٦/ ١٤٩، درر الحكام ٢/ ٣٣٠، جامع الفصولين ١/ ٣٨، تبصرة الحكام ١/ ١٠٤ طبع ١٣٠١هـ، الأم ٦/ ٢٣٦، إعانة الطالبين ٤/ ٢٤١

كذلك بأن كانت يدا طارئة، كيد مستأجر، أو مستعير، أو مرتهن، لم يصح توجيه الدعوى إلى صاحبها منفردا، ولكن يطلب من الحائز العرضي الحضور إلى مجلس القضاء ليؤمر بتسليم الشيء المدعى عند إثبات الدعوى. وإذا وجهها المدعي إليه، كان لهذا الحائز العرضي أن يدفع الدعوى بأن يده ليست يد ملك، وإنما هي يد عارضة، بشرط أن يبرهن على دفعه، وعندئذ ترد دعوى المدعي. ويطلب منه رفعها في مواجهة المالك.[1]

وهذا الذي تقدم مختص بدعاوي الملك المطلق عن السبب، أما إذا ادعى المدعي أن فلانا غصب منه ماله، لم يكن للمدعى عليه دفع هذه الدعوى بحجة أن العين المدعاة ليست في يده، لأن الأصل في دعوى الفعل - كما سيأتي - انها يصح توجيهها ضد الفاعل.[2]

٤٢ - ويتفرع على ما تقدم ما يأتي:

١ - إذا باع رجل ملك غيره، وسلمه بدون إذنه، كان الخصم هو المشتري، ولكن محل ذلك إذا طلب المدعي استرداد العين، أما إذا أراد التضمين سمعت الدعوى على البائع الغاصب وإن كانت العين في يد غيره، لأنها تكون دعوى فعل عندئذ.

٢ - إذا توفي شخص عن تركة فيها أعيان وله ورثة، وأراد شخص الادعاء بعين من أعيانها كان الخصم له هو الوارث الذي في يده تلك العين، ولا تسمع الدعوى بها على غيره من الورثة.[1]

٣ - إذا بيع عقار، فطلب الشفيع أخذه بالشفعة، فإن تسلمه المشتري كان هو الخصم للشفيع، وإن لم يتسلمه كان الخصم له كلا من البائع والمشتري، لأن الأول واضع اليد، فيحضر من أجل التسليم، والآخر مالك، فلا تسمع الدعوى إلا بحضورهما جميعا.[2]

٤ - إذا باع شخص لغيره عينا، ولم يسلمها إليه، فأراد آخر ادعاء ملكيتها، كان الخصم له كلا من البائع والمشتري، لأن الأول واضع اليد، فلابد من حضوره ليؤمر بالتسليم عند ثبوت الدعوى، وأما إذا سلمها البائع للمشتري كان الخصم هو المشتري. ففي جميع الحالات التي تكون فيها العين المدعاة في يد غير

---

(١) العناية ٦/ ٢٢٢، درر الحكام ٢/ ٣٤٣، جامع الفصولين ١/ ١٣٠ - ١٣١، نهاية المحتاج ٨/ ١٦٨، ١٦٩، المغني ٩/ ٣٠٢، كشاف القناع ٦/ ٢٧٥ طبع ١٣٦٧هـ

(٢) العناية والتكملة ٦/ ١٦٢، درر الحكام ٢/ ٣٤٣، جامع الفصولين ١/ ١٣٠ - ١٣١، الفتاوى الهندية ٤/ ٤٣، نهاية المحتاج ٨/ ١٦٨، المغني ٩/ ٣٠٢، كشاف القناع ٦/ ٢٧٥ طبع ١٣٦٧هـ

(١) البحر الرائق ٧/ ١٩٤، جامع الفصولين ص ٥٤، أدب القضاء للغزي ق ١٧.

(٢) جامع الفصولين ١/ ٤٢

المالك يشترط في صحة الدعوى بالملك حضور الاثنين.[1]

والحق أن المدعى عليه هو المالك للعين، وإن لم تكن يده على المدعى به فعلاً، ولكنها عليه حكماً، والآخر حيازته لها عرضية ومؤقتة، ولأنه هو الذي يترتب على إقراره حكم، وإنما يطلب حضور الآخرين لغاية أخرى، وهي الحكم عليهم بتسليم العين للمدعي عند ثبوت الدعوى.

٥ - وفي دعاوي الدين، الخصم هو من كان الدين في ذمته أو نائبه، لأن المدين هو الذي إذا أقر بالدين حل نتيجة إقراره والزم به. وبناء على ذلك لا توجه الدعوى ضد حائز العين التي يملكها المدين، كالمستأجر منه، ولا الغاصب منه، ولا المستعير منه.

٦ - وفي دعوى الفعل كالغصب وغيره، الخصم هو الفاعل،[2] أي الذي يدعى عليه أنه قام بالفعل.

٧ - وفي دعوى القول، الخصم هو القائل، أي الذي يدعى عليه أنه قال القول، فدعوى الطلاق تقيمها الزوجة على زوجها، وكذلك دعوى القذف أو الشتم.

٨ - وفي دعوى العقد، الخصم هو المباشر له، أو من قام مقامه، كالوكيل، أو الوارث، أو الوصي.

٩ - وفي دعوى الحق، كحق الحضانة والرضاع، الخصم هو كل شخص له شأن في الدعوى، وهو الذي ينازع المدعي في ذلك الحق، ويمنعه من التمتع به.

دعوى الحسبة:[1]

٤٣ - الدعوى هي طلب شخص حقه من آخر في حضور الحاكم كما سبق، فهي أصلاً تحتاج إلى طالب (المدعي) ومطلوب (المدعى) ومطلوب منه (المدعى عليه).

وإذا كان المدعى من حقوق العباد فلا تتحقق الدعوى بغير الطلب من مدع معين كما هو الأصل. أما إذا كان من حقوق الله تعالى كالحدود والتعدي على ما يرجع منافعه للعامة، فلا تحتاج إلى مدع خاص، وتقبل فيها شهادة الحسبة. (أي: للأجر لا لإجابة مدع) مع مراعاة طرق الإثبات الخاصة بها حسب تنوع موضوعاتها.

---

(١) البحر الرائق ٧/ ١٩٤، جامع الفصولين ١/ ٣٨

(٢) درر الحكام ٦/ ٣٤٤

(١) الحسبة: هي أمر بالمعروف إذا ظهر تركه، ونهي عن المنكر إذا ظهر فعله، فهي وظيفة دينية وحق ثابت لكل مسلم وللمحتسب، إلا أنه متعين على المحتسب بحكم الولاية، أما على غيره فداخل في فروض الكفاية (الأحكام السلطانية للماوردي ص ٢٤٠) وللمقارنة بين الحسبة والقضاء ينظر مصطلح: (حسبة).

فقد ورد في المجلة أنه يشترط سبق الدعوى في الشهادة بحقوق الناس.

قال الأتاسي: لأن ثبوت حقوقهم يتوقف على مطالبتهم، ولو بالتوكيل. بخلاف حقوق الله تعالى، حيث لا يشترط فيها الدعوى، لأن إقامة حقوق الله تعالى واجبة على كل أحد، فكل أحد خصم في إثباتها، فصار كأن الدعوى موجودة.

وفي موضع آخر قال: ينتصب أحد العامة خصما عن الباقين من العامة في المحال التي منفعتها عائدة إلى العموم. ثم قال نقلا عن جامع الفصولين: بنى حائطا على الفرات واتخذ عليه رحى، أو بنى في طريق العامة، فخاصمه أحد يقضى عليه بهدمه.[1]

وذكر في الدر في بحث الشهادة: والذي تقبل فيه الشهادة حسبة بدون الدعوى أربعة عشر.

قال ابن عابدين: هي الوقف للفقراء أو للمسجد ونحوه (أي للعامة)، وطلاق الزوجة، وتعليق طلاقها، وحرية الأمة وتدبيرها، والخلع، وهلال رمضان، والنسب، وحد الزنى، وحد الشرب، والإيلاء، والظهار، وحرمة المصاهرة، ودعوى المولى نسب العبد، والشهادة بالرضاع.

ثم قال: ولا يخفى أن شاهد الحسبة لابد أن يدعي ما يشهد به إن لم يوجد مدع آخر. وعلى هذا فكل ما تعتبر فيه الشهادة حسبة يصدق عليه أنه تقبل فيه الدعوى حسبة.

ثم علق على كلام الدر نقلا عن الأشباه: وليس لنا مدع حسبة إلا في دعوى الموقوف عليه. فقال: مراده أنه لا يسمى مدعيا، أو أن مدعي الحسبة لا يحلف له الخصم عند عدم البينة، فلا يتحقق بدون الشهادة.[1]

وذكر المالكية في بحث الشهادة[2] أنه تجب المبادرة في حق الله بالرفع للحاكم بقدر الإمكان إن استديم ارتكاب التحريم عند عدم الرفع، كعتق لرقيق، مع كون السيد يتصرف فيه تصرف المالك من استخدام وبيع ووطء ونحو ذلك، وكطلاق لزوجة مع كون المطلق لم يتكف عنها فتجب المبادرة بالرفع، وكوقف على معين أو غيره، ولاسيما إذا كان مسجدا أو رباطا أو مدرسة، وواضع اليد يتصرف تصرف الملاك، فتجب المبادرة بالرفع لرده إلى أصله. وكرضاع بين زوجين. وإن لم يستلزم ارتكاب التحريم بأن كان التحريم ينقضي بالفراغ من متعلقه كالزنى وشرب الخمر، خير في الرفع وعدمه، والترك أولى لما فيه من الستر المطلوب في غير

---

(١) مجلة الأحكام العدلية م١٦٩٦، وشرحها للأتاسي ٥/١٤٨، وانظر درر الحكام ٤/٤٤٣

(١) حاشية ابن عابدين ٤/٤٠٢ - ٤٠٣ بتصرف يسير

(٢) الشرح الصغير للدردير ٤/٢٤٧ - ٢٤٩

المدعي، وإلا فالرفع أولى.[1]

ومثله ما ذكر في كتب الشافعية حيث قالوا: وتقبل شهادة الحسبة في حقوق الله تعالى كالصلاة، والزكاة، والصوم، بأن يشهد بتركها، وفيما له حق مؤكد، كطلاق، وعتق، وعفو عن قصاص، وبقاء عدة وانقضائها، بأن يشهد بما ذكر ليمنع ما يترتب عليه. وكذلك في حد لله تعالى، بأن يشهد بموجبه، كحد الزنى، والسرقة، وقطع الطريق.

والأفضل فيه الستر إذا رأى فيه المصلحة، وكذا النسب على الصحيح. كما ذكروا منها الرضاع.

قال الشربيني: تقبل فيه شهادة أم الزوجة وبنتها مع غيرهما حسبة بلا تقدم دعوى، لأن الرضاع تقبل فيه شهادة الحسبة، كما لو شهد أبوها وابنها، أو ابناها بطلاقها من زوجها حسبة.[2]

وقال في محل آخر: وما تقبل فيه شهادة الحسبة هل تسمع فيه دعواها؟ وجهان: أوجههما: لا تسمع، لأنه لا حق للمدعي في المشهود به. والوجه الثاني: أنها تسمع في غير حدود الله.[3]

وذكر الحنابلة أيضا في باب الشهادة أنها تقبل في حقوق الله الخالصة حسبة، كما تقبل فيما كان حق لآدمي غير معين، ولا تفتقر إلى تقدم الدعوى.

قال ابن قدامة: الحقوق على ضربين.

٤٤ - أحدهما: حق لآدمي معين، كالحقوق المالية والنكاح وغيره من العقود، والعقوبات كالقصاص، وحد القذف، والوقف على آدمي معين، فلا تسمع الشهادة فيه إلا بعد الدعوى، لأن الشهادة فيه حق لآدمي، فلا تستوفى إلا بعد مطالبته وإذنه، ولأنها حجة على الدعوى ودليل لها فلا يجوز تقدمها عليها.

٤٥ - الضرب الثاني: ما كان حقا لآدمي غير معين، كالوقف على الفقراء والمساكين، أو جميع المسلمين، أو على مسجد، أو سقاية، أو مقبرة مسبلة، أو الوصية لشيء من ذلك ونحو هذا، أو ما كان حقا لله تعالى كالحدود الخالصة لله تعالى، أو الزكاة، أو الكفارة، فلا تفتقر الشهادة به إلى تقدم الدعوى، لأن ذلك ليس له مستحق معين من الآدميين يدعيه ويطالب به. ولذلك شهد أبو بكرة وأصحابه على المغيرة، وشهد الجارود وأبو هريرة على قدامة بن مظعون بشرب الخمر، وشهد الذين شهدوا على الوليد بن عقبة بشرب الخمر أيضا من غير تقدم دعوى فأجيزت شهادتهم، ولذلك لم يعتبر في

---

(1) الشرح الصغير للدردير ٤/ ٢٤٧ - ٢٤٩، وجواهر الإكليل ٢/ ٢٢٦

(2) المحلي وحاشية القليوبي وعميرة عليه ٤/ ٣٢٢ - ٣٢٣، ومغني المحتاج ٣/ ٤٢٤، ٤/ ٤٣٧

(3) مغني المحتاج ٤/ ٤٣٧

ابتداء الوقف قبول من أحد ولا رضى منه، وكذلك ما لا يتعلق به حق أحد الغريمين كتحريم الزوجة بالطلاق، أو الظهار، أو إعتاق الرقيق، تجوز الحسبة به ولا تعتبر فيه دعوى.[1]

هذا، وقد تقدم ما قاله ابن عابدين أن كل ما تعتبر فيه الشهادة حسبة يصدق عليه أنه تقبل فيه الدعوى حسبة.[2]

ثالثا: شروط المدعى به:

٤٦ - الشرط الأول - يشترط في المدعى به أن يكون معلوما،[3] والمراد بعلم المدعى به تصوره، أي تميزه في ذهن المدعي والمدعى عليه والقاضي.[4] وذلك لأن المقصود بالدعوى هو إصدار الحكم فيها، والمقصود بالحكم فصل الخصومة بإلزام المحقوق برد الحق إلى صاحبه، ولا إلزام مع الجهالة.

وبناء عليه لا يصح الحكم بما لا إلزام فيه، وهكذا لا يتحصل مقصود الدعوى بدون العلم فوجب اشتراطه لصحتها. ومن جهة أخرى فإن صحة الشهادة مرهونة بمطابقتها للدعوى، فإن كانت الدعوى مجهولة المدعى به لم تصح الشهادة عليها، لأنها لا تصح على المجهول، فتكون الدعوى مرفوضة لعدم إمكان إثباتها.[1]

حدود هذا الشرط:

٤٧ - للمدعى به جوانب متعددة: فهناك ذات الشيء المدعى، وهذا يختلف حدوده حسب الأحوال، فيفصل فيه بين ما يكون عينا وما يكون دينا، والأول يفصل فيه بين ما هو عقار وما هو منقول. كما أن الدعاوى الأخرى التي يطالب بها غير العين والدين، كدعوى النسب لها قواعد تختلف في تحديد المدعى به. وهناك سبب استحقاق المدعى به، وهو عبارة عن الواقعة الشرعية التي يعتمد عليها المدعي في استحقاق ما يدعيه، وهناك أيضا شروط هذا السبب. وقد وضع بعض علماء الشافعية قاعدة عامة في كيفية العلم بالمدعى به، فقالوا: (إنما يقدح في صحة الدعوى جهالة تمنع من استيفاء المحكوم به، وتوجيه المطالبة نحوه، حيث يكون المدعى به مجهولا يتردد بين أن يكون هذا أو ذاك. أما إذا سلم المدعى به من هذا، وكان

(١) المغني ٩/ ٢١٤ - ٢١٦

(٢) ابن عابدين ٣/ ٤٠٣

(٣) بدائع الصنائع ٦/ ٢٢٢، حاشية الشلبي ٤/ ٢٩٢، تهذيب الفروق ٤/ ١٦٤، ١٦٧، حاشية الدسوقي ٤/ ٢٩٦، المهذب ٢/ ٣١١، المغني ٩/ ٨٤، نيل المآرب بشرح دليل الطالب ٢/ ١٤٣، كشاف القناع ٦/ ٣٧٧ طبع ١٣٦٧هـ

(٤) تهذيب الفروق ٤/ ١٦٤، حاشية العدوي على الخرشي ٧/ ١٥٤، حاشية الدسوقي ٤/ ١٤٤

(١) بدائع الصنائع ٦/ ٢٦٦، حاشية الشلبي ٤/ ٢٩٢، نيل المآرب ٢/ ١٤٣

محصورين ينضبط به فلا(١) وفيما يلي تفصيل هذا الشرط حسب أنواع الدعاوي المختلفة:

كيفية العلم بالمدعى به في دعاوي العين.

المدعى به في دعوى العين إما أن يكون عقاراً، وإما أن يكون منقولاً، ولكل طريقة خاصة في التعريف به:

٤٨ - في دعوى العقار: يشترط في هذه الدعوى ذكر ما يميز العقار المدعى عن غيره، واتفق الفقهاء على أن ذلك لا يكون إلا بذكر حدوده، وناحيته من البلد الموجود فيها.(٢)

لكن بعض الفقهاء اشترطوا تخصيصه بقيود أكثر من ذلك، فاشترطوا ذكر المحلة والسكة التي ينتمي إليها ذلك العقار، مع ذكر جهة الباب الذي يفتح عليه.

هذا إذا لم يكن مشهوراً، وأما في العقار المشهور فلا يشترط لتحديده غير ذكر اسمه عند جمهور الفقهاء والصاحبين.(٣)

وعند أبي حنيفة لابد من ذكر الحدود في تعريف العقار سواء أكان مشهوراً أم غير مشهور.(١)

ويشترط في تعريف الحدود عند الحنفية أن يذكر أسماء أصحابها وأنسابهم إلا المشهورين منهم، فيكتفى بأسمائهم، ويكتفى عندهم بذكر ثلاثة حدود للعقار، واستدلوا على جواز الدعوى بذكر ثلاثة حدود بأن للأكثر حكم الكل غالباً، واشترط زفر أن تذكر جميع الحدود،(٢) وهو المفتى به عند الحنفية، وقد روي عن أبي يوسف الاكتفاء بالحدين والحد الواحد، وصرحوا بأن الخطأ في ذكر واحد من الحدود الأربعة يجعل الدعوى غير مقبولة، لأن ذلك يورث الشك في معرفة المدعي لما يدعيه، ولعدم انطباق الدعوى على محل النزاع، ولا يقاس على حالة الابتداء.(٣)

وأما غير الحنفية فقد اشترطوا ذكر جميع الحدود لأن التعريف لا يتم إلا بذكر الحدود الأربعة، وأضاف عليه الشافعية أنه قد يكتفى بثلاثة وأقل منها إذا عرف العقار بها. وقالوا: إن المعرفة في العقار لا تتقيد بالحدود الأربعة، فقد

---

(١) أدب القضاء للغزي ق ٢٣

(٢) بدائع الصنائع ٦/ ٢٢٢، تنوير الأبصار ١/ ٣٩١، تبصرة الحكام ١/ ١٠٥ طبع ١٣٠٦هـ، إعانة الطالبين ٤/ ٢٤١، المغني ٩/ ٨٥، كشاف القناع ٦/ ٢٧٩ طبع ١٣٦٧هـ

(٣) تنوير الأبصار مع قرة عيون الأخيار ١/ ٣٩١، المنهاج مع شرح المحلي ٤/ ٣١٦، فتح المعين وإعانة الطالبين ٤/ ٢٤٣، كشاف القناع ٦/ ٢٧٨ طبع ١٣٦٧هـ

(١) تنوير الأبصار والدر المختار مع قرة عيون الأخيار ١/ ٣٩١

(٢) تنوير الأبصار والدر المختار وقرة عيون الأخيار ١/ ٣٠٠، ٣٩١، ٣٩٢. وتبصرة الحكام ١/ ١٠٥، ونهاية المحتاج ٨/ ٣٣٩، وفتح المعين وإعانة الطالبين، والمنهاج والمحلي وحاشية قليوبي وحاشية عميرة ٤/ ٣١١، وكشاف القناع ٦/ ٢٧٨

(٣) قرة عيون الأخيار ١/ ٣٩٢

يعرف بالشهرة العامة فلا تحتاج لذكر حد ولا غيره.

وذهب جمهور الفقهاء إلى أنه لا يشترط في صحة دعوى العقار ذكر سبب استحقاقه.

وذهب المتأخرون من الحنفية إلى صحة دعوى الملك المطلق في البلاد التي لم يتقدم بناؤها، أي حديثة العهد في تأسيسها، فلا يسأل فيها عن سبب الاستحقاق، لاحتمال أن المدعي تملكه بسبب الخطة، أي: أنه يملكه من الأصل، ولم ينتقل إلى ملكه بسبب من الأسباب الناقلة للملكية كالبيع، وذلك لقرب عهد تأسيسه، وأما دعوى الملك المطلق في البلاد التي قدم بناؤها، وطال العهد على تأسيسها فلا تصح، وذلك لأن قدم البناء قرينة قاطعة على أن المدعي يدعيه بسبب من الأسباب الناقلة للملكية، لاستحالة كونه تملكه بسبب الخطة لبعد عهدها، فلا يجوز الحكم بالملك المطلق في هذه الحالة، ولابد من بيان السبب، إذ لا يجوز الحكم بالملك بسبب مجهول، ومادام حدوث السبب متيقنا، فيحتمل أن السبب الذي يدعيه المدعي باطل، ولا يترتب عليه ملك.[1]

وصرح علماء المالكية بوجوب ذكر سبب الاستحقاق، ولم يميزوا في ذلك بين دعوى العقار وغيرها.[2] بل رأى بعض علمائهم أن القاضي إن لم يسأل عنه وقبل الدعوى من غير ذلك كان كالخابط خبط عشواء، وعللوا ذلك بأن السبب قد يكون فاسدا، فلابد من ذكره ليعرف ذلك، ولكن لو ادعى المدعي نسيان السبب لم يكلف بيانه.[1]

في دعوى المنقول:

٤٩ ـ اختلف الفقهاء في الطريقة التي يعلم بها المدعى به المنقول:

فذهب الحنفية إلى التمييز بين المنقول القائم والهالك، وبين المنقول الغائب عن مجلس القضاء والحاضر فيه:

فأما المنقول القائم الحاضر في مجلس القضاء، فيعلم بالإشارة إليه، لأن هذه الوسيلة ممكنة في هذه الحال، فلا يصار إلى أقل منها.

فإن لم تكن العين المنقولة حاضرة في مجلس القاضي: فإن كان إحضارها إلى مجلس القضاء ميسرا بحيث لا يكلف نفقة، طلب من المدعى عليه إحضارها ليشار إليها، وإن كان إحضارها يكلف نفقة، فيذهب القاضي أو أمينه إلى مكان وجودها ليشار إليها.

وأما المنقول الهالك فيعرف بذكر القيمة فقط، لأن عين المدعى به تعذر مشاهدتها،

---

(١) البحر الرائق ٧/ ٢٠١

(٢) تبصرة الحكام ١/ ١٣٠ ـ ١٣١، الخرشي ٧/ ١٥٤

---

(١) التاج والإكليل ٦/ ١٢٤، تهذيب الفروق ٤/ ١١٥، تبصرة الحكام ١/ ١٣٠ ـ ١٣١، العقد المنظم للحكام ٢/ ١٩٨

ولا يمكن معرفتها بالوصف ، إذ العين عند الحنفية لا تعرف بالوصف ، فاشترط بيان القيمة ، حيث تعرف بها العين الهالكة . وهذا كله بالنسبة للمنقول القيمي ، وأما المثلي فإن دعواه تعتبر دعوى دين في الذمة ، فيشترط في تعريفه ما يشترط في الدين ، وسيأتي ذكره قريبا .[1]

وأما غير الحنفية فلم يقصروا طريقة العلم بالمنقول على الإشارة إليه ، إلا إذا كان في مجلس القضاء ، أو كان حاضرا في البلد عند الحنابلة أما إذا كان غائبا : فإن كان مثليا وجب على المدعي ذكر وصفه المشروط في عقد السلم . وإن كان قيميا : فإن كان منضبطا بالوصف ، فيجب وصفه بما ينضبط به ، وإلا فيجب ذكر قيمته .[2]

وأصل الخلاف في هذه المسألة بين الفريقين أن الأعيان القيمية ، هل تنضبط بالوصف أو لا تنضبط؟ فذهب الحنفية إلى أن القيمي لا ينضبط بالوصف ، لأن العين قد تشترك مع عين أخرى في الوصف والحلية ، وبناء عليه قالوا : لابد من الإشارة في تعريف القيمي ؛ لأن الشك لا ينقطع إلا بها .[1]

وذهب الجمهور إلى أن كثيرا من الأعيان القيمية يمكن أن تنضبط بالوصف .

وبناء عليه ذهبوا إلى الاكتفاء بوصف مثل هذه الأعيان في الدعوى ، ولم يشترطوا إحضارها ليشار إليها .

العلم بسبب الاستحقاق في دعوى المنقول :

٥٠ ـ اختلف الفقهاء في وجوب ذكر سبب الاستحقاق في دعوى المنقول على الآراء التالية :[2]

أ ـ ذهب الحنفية إلى التمييز بين دعوى المثلي ودعوى القيمي : فاشترطوا ذكر سبب الاستحقاق في الأولى دون الثانية ، وذلك لاختلاف أحكام الأسباب المرتبة للديون في الذمم ، ولأن الأصل براءة الذمم من الديون ، فلابد لصحة دعوى اشتغالها من بيان سبب هذا الاشتغال .[3]

---

(١) الهداية مع فتح القدير والتكملة ٦/ ١٤٢ ـ ١٤٣ ، تنوير الأبصار والدر المختار وحاشية ابن عابدين ٥/ ٥٤٤ ، جامع الفصولين ١/ ٧٠ ، الفتاوى الهندية ٤/ ٣ ، ٦

(٢) أدب القضاء لابن أبي الدم ق٢٦ أ ، المحرر في الفقه ٢/ ٢٠٦ ، كشف المخدرات ص٥١١ ، منتهى الإرادات القسم الثاني ص٥٩٢ ـ ٥٩٣ ، الروض الندي ص٥١٢ ، نيل المآرب ٢/ ١٤٣ ، تبصرة الحكام ١/ ١٣٦ ، تهذيب الفروق ٤/ ١١٤ ، المنهاج وشرح المحلي ٤/ ٣٣٦ ، المغني ٩/ ٨٤ ـ ٨٥ ، نهاية المحتاج ٨/ ١٦٣ ، كشاف القناع ٤/ ٢٠٤

(١) حاشية الشلبي ٤/ ١٦٣

(٢) الوجيز وفتح العزيز ٩/ ٢٦٧ وما بعدها ، تحفة الطلاب مع حاشية الشرقاوي ٢/ ٤٩

(٣) البحر الرائق ٧/ ١٩٥ ، تنوير الأبصار والدر المختار وحاشية ابن عابدين ٥/ ٥٤٢

ب ـ وذهب المالكية إلى وجوب ذكر السبب في دعاوي العين، سواء أكانت مثلية أم قيمية، وعلى القاضي أن يسأل المدعي عن سبب استحقاقه للمدعى به، فإن لم يفطن لذلك كان للمدعى عليه أن يوجه هذا السؤال، فإن امتنع المدعي عن ذكره لم يكلف المدعى عليه بالجواب عن الدعوى، وبذلك لا تنتج أثرها، وهو وجوب الجواب على الخصم.[1] وعللوا ذلك بأن المدعي قد يكون معتمدا في دعواه على سبب فاسد، كأن يكون ثمن خمر أو خنزير أو ميتة، فإن كل هذا ونحوه لا يصلح سببا لاستحقاق شيء من الأشياء.[2]

جـ ـ وذهب الشافعية والحنابلة إلى عدم اشتراط ذكر سبب الاستحقاق في دعوى المنقول، سواء أكان قيميا أم مثليا، لتعدد الأسباب وكثرتها، وفي إيجاب ذكرها على المدعي حرج كبير، فيترتب على ذلك ضياع حقوق كثير من الناس، فوجب عدم اشتراط ذلك.[3]

وفي الأشياء التي منها ذكور ومنها إناث لابد من ذكر صفة الأنوثة أو الذكورة في الدعوى.[1]

كيفية العلم بالمدعى به في دعوى الدين:

٥١ ـ إذا كان المدعى به نقدا، فإنه يعلم ببيان جنسه ونوعه ووصفه وقدره،[2] وذلك إذا كان في البلد نقود مختلفة، وأما إذا كان النقد متعارفا عليه فلا حاجة لذكر غير قدره. وكذلك إذا كان المدعى به مثليا، فإنه يعلم بمثل ما يعلم به النقد. وإذا كان المدعى به عينا قيمية، فدعوى العين الغائبة لا تكون في الدعوى في هذه الحال دعوى دين إلا إذا كانت هالكة، فإذا كانت هالكة تعلم بذكر قيمتها كما تقدم، وإلا فلا تعلم إلا بالإشارة إليها.

وعند جمهور الفقهاء تثبت الأعيان القيمية في الذمة إذا كانت مما ينضبط بالوصف، وعندئذ تعلم عندهم بذكر أوصافها التي تنضبط بها، وهي الأوصاف التي يشترط ذكرها في عقد السلم.[3]

---

(1) تبصرة الحكام ١/ ١٣٠ ـ ١٣١، التاج والإكليل ٦/ ١٣٤، الخرشي ٧/ ١٥٤، تهذيب الفروق ٤/ ١١٤ ـ ١١٥

(2) العقد المنظم للحكام ٢/ ١٩٨

(3) المهذب ٢/ ٣١١، الحاوي الكبير ج١٢ ق٢٤٣ ب، ٢٤٩ أ، منتهى الإرادات ـ القسم الثاني ص٥٩١، شرح المنتهى ٤/ ٢٧٦ ـ ٢٧٧، كشاف القناع ٦/ ٣٠٤

(1) الشرواني ٤/ ٧٢، منتهى الإرادات ٢/ ٥٩٤، جواهر العقود ٢/ ٤٩٩

(2) الهداية مع تكملة فتح القدير ٦/ ١٦١، تنوير الأبصار والدر المختار وحاشية ابن عابدين ٥/ ٥٤٧، تبصرة الحكام ١/ ١٠٥ طبع ١٣٠١هـ، المهذب ٢/ ٣٦١، المنهاج وشرح المحلي وحاشية قليوبي وحاشية عميرة ٤/ ٣٣٦ ـ ٣٣٧، المغني ٩/ ٨٥

(3) الشرواني ٤/ ٧٦، تبصرة الحكام ١/ ١٠٥ طبع ١٣٠١هـ، فتح المعين وإعانة الطالبين ٤/ ٢٤١، ترشيح المستفيدين ص٤٠٧ ـ ٤٠٨، المغني ٩/ ٨٤، ٨٥، منتهى الإرادات، القسم الأول ٣٩٦، وكشاف القناع ٤/ ٣٠٤

العلم بسبب الاستحقاق في دعوى الدين :

٥٢ - اختلف الفقهاء في وجوب ذكر سبب الاستحقاق في دعوى الدين على الآراء الآتية :

أ - فذهب أكثر فقهاء الحنفية وأكثر فقهاء المالكية إلى وجوب ذكر السبب في دعوى الدين ، وإلى أنه يجب على المدعي أن يبين من أي وجه ترتب له الدين في ذمة المدعى عليه ، وهل هو من قرض أو عقد أو إتلاف أو غير ذلك من الأسباب الشرعية .[1] وقد استدلوا على ذلك بأن كل دين لا بد لترتبه في الذمة من سبب شرعي ، لأن الأصل براءة الذمم من الانشغال بالديون ، فإن كان لا بد من سبب لكل دين فيجب على مدعي الدين بيان سببه ، لأن الأسباب تختلف أحكامها ، فإن كان سبب الدين عقد السلم مثلا ، فإنه يحتاج إلى بيان مكان الإيفاء ، ولا يجوز الاستبدال به قبل القبض ، بخلاف ما إذا كان الدين ثمن مبيع ، حيث يجوز الاستبدال به قبل قبضه ولا يشترط فيه بيان مكان الإيفاء .[2] ومن جهة أخرى قد يكون السبب باطلا كأن يكون الدين ثمن خمر أو خنزير أو نتيجة مقامرة أو نحو ذلك ، فيحتاج إلى ذكره ليعرف ذلك ، ومن جهة ثالثة فإن بعض الأسباب لا يصح الاعتماد عليها في دعوى الدين ، كما لو ادعى دينا على شخص وقال : إنه نتيجة لحساب بينهما ، أو إنه أقر له به ، فيدعي عليه بسبب هذا الإقرار .[1]

ب - وذهب بعض علماء الحنفية إلى أنه لا يجب ذكر سبب الاستحقاق في دعوى الدين إلا فيما إذا كان المدعى به من النقود التي انقطع التعامل بها وفي المثليات .[2]

وفي حالة دعوى المرأة الدين في تركة زوجها ، لأنها قد تظن أن النفقة تصلح سببا لإيجاد الدين في جميع الحالات مع أنها لا تصلح لذلك بعد وفاة الزوج .[3] وعللوا عدم اشتراط ذكر السبب في غير هذه الحالات بأن المدعي قد يستحيي من ذكر السبب ، فلا يجوز أن يدخل في الحرج ، وبأن هناك بعض الأسباب لا يمكن بيانها ، وذلك كما إذا انتقل إلى المدعي سند دين من مورثه ، وكان سبب الدين غير مذكور في السند ، والمدعي لا يعرفه .

ج - وذهب الشافعية والحنابلة إلى أن دعوى الدين تكون صحيحة ولو لم يذكر فيها سبب استحقاق الدين المدعى .[4] واستدلوا بأن

---

(1) البحر الرائق ٧/١٩٥ ، الفتاوى الهندية ٤/٣ ، تبصرة الحكام ١/١٠٤ طبع ١٣٠١هـ ، الخرشي ، وحاشية العدوي ٧/١٥٤ ، تهذيب الفروق ٤/١١٥

(2) جامع الفصولين ١/٧٣

(1) الفتاوى الهندية ٤/٣ ، جامع الفصولين ١/٨٤

(2) جامع الفصولين ١/٧٦

(3) قرة عيون الأخيار ١/٣٤٩

(4) المهذب ٢/٣١١ ، روضة الطالبين ٤/٣٤٣ ، شرح منتهى الإرادات - القسم الثاني ص٥٤٩

أسباب الملك تكون من جهات شتى يكثر عددها، كالإرث والابتياع والهبة والوصية وغير ذلك، فسقط وجوب الكشف عن سببها لكثرتها واختلافها.[1]

كيفية العلم بالمدعى به في دعوى العقد:

٥٣ ـ اختلف الفقهاء في وجوب ذكر شروط العقد لصحة دعواه على أقوال:

أ ـ فذهب الحنفية إلى أنه يشترط في الدعوى بيان شروط كل سبب له شروط كثيرة ومعقدة، فلا تصح دعوى النكاح والسلم إلا بذكر شروطهما مفصّلة.[2] واشترط بعضهم ذكر الطوع والرغبة في دعوى العقد، وخالف آخرون، لأن الظاهر بين الناس هو الطوع، والإكراه نادر لا حكم له.[3]

ب ـ وذهب المالكية إلى أنه لا يجب ذكر شروط العقد في دعواه، لأن ظاهر عقود المسلمين الصحة، فتحمل الدعوى على الصحيح.[4]

جـ ـ وذهب الشافعية إلى أنه لا يجب ذكر شروط العقد في دعواه إلا إذا كان العقد عقد نكاح، حيث اشترطوا ذكر أنه تزوج المرأة بشاهدين وولي ورضاها. وهذا منقول عن الشافعي، واستدلوا بأن الفائت في الزواج بالحكم الخاطئ لا يعوّض، خلافا للعقود الأخرى، فإنها أقل خطرا، فأشبهت دعواه دعوى القتل، حيث اتفق على وجوب ذكر شروطه.[1] واستدلوا أيضا بأن الاختلاف في عقد النكاح أكثر منه في أي عقد آخر، وبأن رسول الله ﷺ خصّه من بين سائر العقود فقال: «لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل».[2] ولولا هذا التخصيص لكان كغيره، ولكن بعض علماء الشافعية حملوه على الاستحباب.[3]

د ـ وذهب الحنابلة إلى وجوب ذكر شروط العقد في دعواه مهما كان، ولم يفرقوا بين عقد النكاح وغيره، ولا بين ما هو كثير الشروط وقليلها.[4]

ذكر السبب في الدعاوي الجنائية:

٥٤ ـ لم يختلف الفقهاء في وجوب ذكر السبب في

---

(١) المهذب ٢/ ٣٦١، الحاوي الكبير جـ١٣ ق٢٤٩

(٢) البحر الرائق ٧/ ١٩٥، معين الحكام ص٥٥ ـ ٥٦

(٣) البحر الرائق ٧/ ٢٠٢، قرة عيون الأخيار ١/ ٣٩٩

(٤) الفروق ٤/ ٧٣

(١) تحفة المحتاج وحاشية الشرواني ١٠/ ٢٩٩، فتح المعين وإعانة الطالبين ٤/ ٢٤٣، المهذب ٢/ ٣٦١، المنهاج وشرحه للمحلي وحاشية عميرة ٤/ ٣٣٦، ٣٣٧

(٢) حديث: «لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل». أخرجه البيهقي (٧/ ١٢٥ ـ ط دائرة المعارف العثمانية) من حديث عائشة وإسناده صحيح.

(٣) الحاوي الكبير جـ١٣ ق٢٤٩ب، نهاية المحتاج ٨/ ١٦٣

(٤) منتهى الإرادات ـ القسم الثاني ص٥٨٣، غاية المنتهى ٣/ ٤٤٩

الدعوى الجنائية ، ففي دعوى القتل مثلا يشترط ذكر القتل وهل هو عن عمد أو عن خطأ ، وإلا فإن الدعوى لا تكون صحيحة حتى يصححها صاحبها ، وسبب ذلك أن الفائت بالقتل ونحوه من الجنايات لا يعوض ، وقد يحكم بشيء لا يمكن رده بعد الحكم ، ولأن الأحكام الصادرة في هذه الدعاوي تتعلق بالأصول التي جاء الإسلام لحفظها ، وهي الدين والنفس والعقل والنسل والمال ، فلا يجوز التهاون في أمرها ، ولأن الحدود والقصاص تدفع بالشبهات ، وعدم التفصيل في دعواها يورث شبهة ، فلا تقبل .[١]

ولابد في دعوى الإرث من ذكر سببه ، فيذكر من أية جهة استحق الإرث من الميت .[٢]

الاستثناءات الواردة على شرط المعلومية :

٥٥ - لما كان اشتراط العلم بالمدعى به في الدعوى هو تحقيق مقصود مشروعية الدعوى من فصل المنازعة ، والإلزام بالحق ، فإن الفقهاء يرون عدم اشتراط هذا الشرط في كل مرة يتحقق ذلك المقصود بدونه ، وذلك في كثير من الاستثناءات . وقد حاول كثير منهم وضع ضوابط لهذه الاستثناءات ، إلا أنهم اختلفوا في معظمها ، وفيما يأتي بعض الضوابط وبعض المسائل التي تجوز فيها الدعوى بالمجهول :-

١ - ذكر ابن رجب الحنبلي ضابطا لما تصح الدعوى به مجهولا ، وهو أن الدعوى بالمجهول تقبل إذا كان المدعى به فيها مما يصح وقوع العقد عليه مبهما ، كالوصية ، فإنه لما جاز أن يكون الموصى به فيها مجهولا ، كذلك تصح الدعوى بالوصية المجهولة .[١]

٢ - وقال بعض الشافعية : تجوز الدعوى بالمجهول إذا كان المطلوب فيها موقوفا على تقدير القاضي كالنفقة وأجرة الحضانة وأجر المثل ونحوها .[٢]

٣ - وقال المالكية : إذا كان هنالك عذر للمدعي في جهله بما يدعيه قبلت دعواه ، وذلك كدعوى شخص نصيبا من وقف كثر مستحقوه ، فإنه يعذر لغلبة الجهل بكيفية قسمة الأوقاف .[٣]

٤ - ويرى الحنفية والمالكية وبعض الشافعية ومعظم الحنابلة جواز دعوى الإقرار بالمجهول ، لأن الإقرار إخبار عن الوجوب في الذمة ، فتجوز

---

(١) الفروق ٤/ ٧٢ ، منتهى الإرادات - القسم الثاني ص٥٩٤ ، جواهر العقود ٢/ ٤٤٩

(٢) منتهى الإرادات - القسم الثاني ص٥٩٤ ، كشف المخدرات ص ٥٩

(١) القواعد ص٢٣٢ - ٢٣٣ ، وقريب من هذا موجود في المغني ٩/ ٨٤ - ٨٥

(٢) مغني المحتاج ٤/ ٤٦٥ طبع الحلبي ١٣٧٧ هـ ، تحفة المحتاج ١٠/ ٢٩٥

(٣) الفروق ٤/ ٧٣

المدعى به مجهولاً ، وعلى المدعى عليه بيان ما أجبر عن وجوبه .

وقد قاسه بعض الشافعية على دعوى الوصية بالمجهول .[1]

٥ - وذهب الحنفية أيضاً وبعض علماء الشافعية إلى جواز الدعوى بالمجهول في حالة الغصب ، وذلك لأن الإنسان قد لا يعرف قيمة ماله المغصوب ، فإن الغصب كثيراً ما يحدث ولا يتمكن الشهود من معاينة المغصوب ، وقد يقولون : رأينا فلاناً يغصب مال فلان ولا ندري قيمة ما غصب ، فيقبل ذلك .[2]

الشرط الثاني :

٥٦ - أن يكون المدعى به محتمل الثبوت :

ذهب الفقهاء إلى أنه لا تصح الدعوى بما يستحيل ثبوته في العرف والعادة كمن يدعي بنوة من هو أكبر سناً أو من هو مساويه ، وكمن يدعي على شخص معروف بالصلاح والتقوى أنه غصب ماله ، وكادعاء رجل من السوقة على الخليفة أو على عظيم من الملوك أنه استأجره لكنس داره وسياسة دوابه . ونقل العز بن عبد السلام عن الشافعي القول بقبول الدعوى في المثال الأخير مع مخالفة بعض أصحابه له في هذا القول .

واستدل الفقهاء على وجوب كون المدعى به محتملاً في العرف والعادة بأن الله تعالى أمر باعتبار العرف في قوله تعالى : ﴿خذ العفو وأمر بالعرف وأعرض عن الجاهلين﴾

وبما ورد عن عبد الله بن مسعود موقوفاً عليه أنه قال : «ما رأى المسلمون حسناً فهو عند الله حسن ، وما رأوا سيئاً فهو عند الله سيئ»[1] ففي هذا دعوة إلى وجوب اعتبار العرف السائد بين المسلمين لأنهم لا يتفقون إلا على ما يرضاه الله تعالى .

ويرى المالكية سماع الدعوى إذا كانت بين طرفين لم تجر بينهما معاملة ولا خلطة . فإن أقام المدعي البينة حكم له بما ادعى ، وإن لم يقدر على البينة لم يكن له تحليف خصمه ، فالتعامل والخلطة شرط عندهم في توجيه اليمين على الخصم عند عدم البينة . وذلك على قول مالك وعامة أصحابه وهو المشهور من المذهب ، وهو قول ابن القيم من الحنابلة .

لكن المعتمد في مذهب المالكية أنه لا يشترط

---

(١) حاشية ابن عابدين ٤/ ٥٤٥ ، تهذيب الفروق ٤/ ١١٦ ، مغني المحتاج ٤/ ١١٠ ، المغني ٩/ ٨٤ ، ٨٥ ، معين الأحكام - القسم الثاني ص٥٩٢

(٢) الدر المختار وحاشية ابن عابدين ٤/ ٤٤١ ، ٥٤٥ ، أدب القضاء للغزي ق ١٠٣ .

(١) حديث : «ما رأى المسلمون حسناً فهو عند الله حسن ، وما رأوا سيئاً فهو عند الله سيئ» . أخرجه أحمد في المسند (١/ ٣٧٩ - ط الميمنية) وحسنه السخاوي في المقاصد الحسنة (ص٣٦٧ - ط الخانجي) .

في توجه اليمين ثبوت خلطة وهو قول ابن نافع ، لجريان العمل به ، ومعلوم أن ما جرى به العمل مقدم على المشهور في المذهب إن خالفه .[١]

الشرط الثالث :

٥٧ - أن يكون المدعى به حقًا أو ما يتفع في الحق ، وأن يكون هذا الحق قد تعرض لإضرار الخصم :[٢]

فقد صرح الحنفية بأنه يشترط في الدعوى أن لا تكون عبثا ،[٣] والمالكية ذكروا صيغة لهذا الشرط قريبة مما سبق ، فاشترطوا في الدعوى أن تكون ذات غرض صحيح بأن يترتب عليها نفع معتبر شرعا .[٤] وفروع الشافعية والحنابلة تدل على ذلك أيضا .

وقد وضع علماء المالكية قاعدة عامة لتحقق هذا الشرط في الدعوى فقالوا : بأنه لا يتحقق إلا إذا كان المدعى به مما ينتفع به المدعي لو أقر به خصمه .[٥]

وبناء على هذا الشرط ترد الدعوى في الحالات الآتية :

١ - إذا لم يكن المدّعى حقا ، أو كان كذلك ولكنه حقير لا يستحق شغل القضاء به ، ومثال الأول أن تدعي امرأة زوجية شخص مات ، ولم تطالب في دعواها حقا آخر من إرث أو صداق مؤخر ، أو كمن يطلب إلحاق نسب شخص مات ، ولا يطلب حقا آخر من إرث ونحوه .

ومثال الثاني أن يطلب المدعي في دعواه حبة قمح أو شعير أو نحو ذلك من الأشياء التافهة .

٢ - أن لا يكون الحق المدّعى مختصا بالمدعي ، وإنما يعود إلى غيره ، وليس المدعي نائبا عن صاحب الحق .

٣ - أن لا يكون هناك منازع للمدعي في الحق الذي يطلبه في دعواه ، كمن يرفع دعوى أمام القضاء ويطلب فيها الحكم له بالدار التي يسكنها من غير أن ينازعه أحد فيها .

وبناء على هذا الشرط اتفق الفقهاء على أنه يشترط لصحة الدعوى أن تكون فيما يلزم شيئا على المدعى عليه على فرض ثبوت الدعوى .[١] ولذلك لا تصح الدعوى بما يكون

---

(١) ابن عابدين ٥/ ٤١٤ - ٤١٥ ، وأدب القضاء للعزي ق ٢ ب ، ٣ أ ، وبدائع الصنائع ٦/ ٢٢٤ ، والبحر الرائق ٧/ ١٩٤ ، وتبصرة الحكام ١/ ١٢٩ ، ٢/ ١٥٣ ، وتهذيب الفروق ٤/ ١٦٧ - ١٦٨ ، وحاشية الدسوقي ٤/ ١٤٥ - ١٤٦ ، والفروق ٤/ ٨١ ، والحاوي الكبير ١٣ ق ٤٩ أ ، والطرق الحكمية ص ٩٧ - ٩٨

(٢) الأشباه والنظائر - السيوطي ص ٥٠٧ - ٥٠٨

(٣) المجلي الزهرية على الفواكه البدرية ص ١٠٧ ، قرة عيون الأخيار ١/ ٢٨١

(٤) الفروق ٤/ ٧٢ ، ٧٣

(٥) الفروق ٤/ ٧٢ ، تبصرة الحكام ١/ ١٢٦ - ١٢٧

---

(١) تنوير الأبصار مع قرة عيون الأخيار ١/ ٢٨١ ، الهداية وتكملة فتح القدير ٦/ ١٣٢ ، الفتاوى الهندية ٤/ ٢ ، مواهب الجليل ٦/ ١٢٥ ، تبصرة الحكام ١/ ١٢٦ ، ترشيح للغزالي ٢/ ٣٦٤ ، تحفة المحتاج ١٠/ ٢٩٦ ، الفروع ٣/ ٨١٠

المدعى عليه مُخيَّرًا فيه ، فلا تصح دعوى الهبة غير المقبوضة عند من يقول بعدم لزومها قبل القبض . وكذلك الوكالة التي لا يأخذ الوكيل عليها أجرا ، وكذلك دعوى الوعد ودعوى الوصية على الموصي في الحالات التي يجوز له الرجوع عن وصيته .

وقد اختلف الفقهاء في دعوى الدين المؤجل .

فذهب المالكية والشافعية في الراجح والحنابلة في أحد قولين إلى عدم صحة هذه الدعوى .[1] وذلك لأن الدين المؤجل غير لازم في الحال ، فدعواه طلب لما ليس بلازم وقت البينة ، فلا تكون مفيدة قبل حلول الأجل .[2]

واستثنى الشافعية من ذلك بعض الحالات فقبلوا فيها دعوى الدين المؤجل ، ومن هذه الحالات ما لو كان الدين المطلوب بالدعوى قد حلَّ بعضه ، فتصح الدعوى به جميعا ، على أن يراعى الأجل بالنسبة للجزء الذي لم يحل بعد .[3] ومنها ما لو ادعى الدائن على مدينه المعسر ، وقصد بدعواه إثبات دينه ، ليطالب به إذا أيسر الغريم .[1]

وذهب الحنفية والشافعية في قول ، والحنابلة في قول إلى جواز الدعوى بالدين المؤجل إذا قصد بها حفظ البينات من الضياع ، وذلك استحسانا لأن القياس عدم صحة الدعوى بحق غير لازم في الحال . ووجه الاستحسان حاجة الناس إلى حفظ حقوقهم المؤجلة احتياطا لما قد تؤول إليه البينات من الفقدان .[2]

وبناء على الشرط السابق ذهب جمهور الفقهاء إلى عدم صحة ما يسمى بدعوى قطع النزاع ، وصورتها أن يدعي شخص أن آخر يزعم أن له قبله حقا ، ويهدد من حين لآخر باستعمال هذا الحق فيلجأ إلى القضاء طالبا منه إحضار صاحب الزعم وتكليفه بعرض دعواه وأسانيدها ليبرهن هو على كذبها ويطلب الحكم بوضع حد لهذه المزاعم .[3]

الآثار المترتبة على الدعوى :

إذا رفعت الدعوى مستوفية الشروط ، ترتب

---

(١) تبصرة الحكام ١/ ١٢٧ - ١٢٨ ، شرح المحلي على المنهاج ٤/ ٣٣٧ ، تحفة المحتاج ١٠/ ٣٠٢ ، حاشية المنتهى ٣/ ٤١٨ ، المروض النضر شرح كافي المبتدي ص٦٤٤ ، كشاف القناع ٤/ ٣٠٢

(٢) ترشيح المستفيدين ص٤٠٨ ، كشاف القناع ٦/ ٢٧٧ (مطبعة أنصار السنة المحمدية ١٩٤٨) .

(٣) الحاوي الكبير جـ١٣ ق ٤٤ أ ، ب أدب القضاء لابن أبي الدم ق ٢٦ ب ، حاشية عميرة ٤/ ٣٣٧

---

(١) تحفة المحتاج ١٠/ ٣٠٢ ، ٣٠٣

(٢) الفتاوى الهندية ٤/ ٩٩ ، الوجيز في فقه مذهب الإمام الشافعي ٢/ ٢٦٢ ، غاية المنتهى ٣/ ٤١٨ ، نيل المآرب ٢/ ٤٤٣

(٣) البحر الرائق ٧/ ١٩٤ ، الأشباه والنظائر للسيوطي ٥٠٢ ، كشاف القناع ٤/ ١٩٥

عليها ثلاثة آثار هي: نظر القاضي فيها، وحضور الخصم، والجواب عنها، وتفصيل هذا فيما يأتي:

أولا ـ نظر الدعوى:

٥٨ ـ إذا رفعت الدعوى إلى القاضي كان مكلفا بالنظر فيها والفصل بين المتنازعين، وليس له الامتناع عن ذلك، إذ الفصل في خصومات الناس فرض عليه، لأنه إحقاق للحق ورفع للظلم، ورفع الظلم واجب على القاضي على الفور.[1]

وفي خلال نظر القاضي في الدعوى المرفوعة إليه ينبغي عليه مراعاة مبادئ وأصول أشار إليها الفقهاء، بعضها واجب عليه، وبعضها مستحب، وتفصيل ذلك ينظر في مصطلح: (قضاء).

ثانيا ـ حضور الخصم:

٥٩ ـ إذا أراد المدعي المطالبة بحقه عن طريق القضاء سلك أحد سبيلين:

الأول ـ أن يتوجه أولا إلى خصمه يطلب منه الحضور معه إلى مجلس القاضي.

الثاني: أن يتوجه إلى القاضي في مجلسه مباشرة، فيرفع الدعوى ويطلب منه إحضار خصمه من أجل مقاضاته والنظر في الخصومة.

فإذا سلك المدعي السبيل الأول فإنه ينبغي عليه أن يدعو خصمه إلى مجلس القضاء بأرفق الوجوه وأجمل الأقوال، والأصل أنه يجب على المدعى عليه الإجابة إلى ذلك وعدم التأخر.[1] لقوله تعالى: ﴿وإذا دُعوا إلى الله ورسوله ليحكم بينهم إذا فريق منهم معرضون، وإن يكن لهم الحق يأتوا إليه مذعنين، أفي قلوبهم مرض أم ارتابوا أم يخافون أن يحيف الله عليهم ورسوله، بل أولئك هم الظالمون. إنما كان قول المؤمنين إذا دُعوا إلى الله ورسوله ليحكم بينهم أن يقولوا سمعنا وأطعنا، وأولئك هم المفلحون﴾.[2]

فقد دلت هذه الآيات الكريمة على أنه يجب على كل مؤمن أن يستجيب لمن يدعوه إلى التحاكم إلى شرع الله تعالى، وأن من أعرض عن ذلك كان ظالما فاجرا.[3]

٦٠ ـ وأما إذا سلك المدعي الطريق الآخر، أو رفض خصمه الحضور معه إلى مجلس القضاء، فالأصل أنه يجب على القاضي إحضاره، ولكن للفقهاء تفصيلا وخلافا في وجوب إحضار المدعى عليه بمجرد الدعوى.

---

(١) المبسوط ١٦/ ١١٠، قواعد الأحكام ١/ ٣٠، نهاية المحتاج ٨/ ٨٠.

(١) روضة القضاة للسمناني ق٣٢ب، تبصرة الحكام ١/ ٣٠٦، أدب القضاء لابن أبي الدم ق٤٤ب، كشاف القناع ٤/ ١٩٢.

(٢) سورة النور الآيات ٤٨ ـ ٥١.

(٣) تفسير ابن كثير ٣/ ٢٩٨.

فعند الحنفية يفرق بين حالتين : (الأولى) : أن يكون المدعى عليه قريبا من مجلس القضاء بحيث إذا أحضره القاضي أمكنه أن يرجع إلى منزله فيبيت فيه . (والثانية) : أن يكون بعيدا عن مجلس القضاء بحيث إذا أحضر إليه لم يتمكن من المبيت في منزله .

ففي الحالة الأولى يجب على القاضي إحضاره بمجرد الدعوى ، إذ لا يتم إنصاف المظلومين من الظالمين إلا بذلك .

وفي الحالة الثانية لا يجب على القاضي إحضاره بمجرد الدعوى ، وإنما يجوز له ذلك ، لأن حضور مجلس القضاء يؤذي بعض الناس ، وقد لا يكون للمدعي غرض من دعواه إلا أذية خصمه . ولكن يجب على القاضي إحضار الخصم إذا استطاع المدعي أن يعضد دعواه ببينة يقيمها ، فإن فعل أمر القاضي بإحضاره . ثم إذا حضر أعيدت البينة من أجل القضاء بها . وذهب بعض الحنفية إلى أنه لا يطلب من المدعي بينة من أجل إحضار خصمه ، وإنما يكتفي منه باليمين على صدق دعواه ، فإن حلف أمر القاضي بإحضار خصمه ، وإلا فلا .[1]

وعند المالكية يفرق بين البعيد والقريب ، وحد البعد عندهم مسيرة ثلاثة أيام ، فأما القريب فينبغي على القاضي أن يأمر بإحضاره بمجرد الدعوى ، فإن أبى لغير عذر أحضره قهرا . على أنه لا يأمر بإحضاره إلا إذا قدم المدعي وجها يستوجب إحضاره ، فإن أظهر حجة أو قولا يوجب ذلك أجابه ، وإن لم يظهر شيئا لم يأمر بإحضار المدعى عليه .

وأما إذا كان المطلوب بعيدا عن مجلس القضاء أكثر من مسافة القصر ، فإنه لا يجب إحضاره ، وقد أجاز المالكية القضاء على الغائب البعيد إذا كان مع المدعي بينة ، فإن لم يكن معه بينة فقد جعلوا للقاضي الذي رفعت إليه الدعوى أن يكتب إلى قاضي المدعى عليه ، ويطلب منه استجوابه ، ويسجل ما يبديه من حجج ثم يرسلها إليه ، ثم ينظر في الدعوى على ضوء ما يصله من قاضي المدعى عليه ، وذهب بعضهم إلى أنه إذا كان مع المدعي شاهد بدعواه كتب القاضي إلى المدعى عليه : إما أن تحضر أو ترضي خصمك .[1]

وعند الشافعية يجب إحضار الخصم الحاضر في البلد ، أو من كان قريبا من مجلس الحكم ، بحيث يستطيع الحضور إليه والرجوع إلى بلده في اليوم نفسه . ولكنهم اشترطوا من أجل وجوب إحضار الخصم أن لا يعلم كذب

---

(١) حاشية ابن عابدين ٤ / ٤٢٠ ط بولاق ١٢٧٢ هـ .

(١) العقد المنظم للحكام ٢ / ٢٦١ ، القوانين الفقهية ص ٢٨٧ ، القول المرتضى ق ٣ ب

المدعي، وأن لا يكون المدعى به مستحيلا عقلا أو عادة، وأن لا يكون المدعى عليه مستأجرا لعين يعطل حضوره استيفاء منفعتها، وإنما يحضر إذا انقضت مدة الإجارة. وقد ضبطوا التعطيل المضر بأن يمضي زمن يقابل بأجرة وإن قلت.[1]

والشافعية كالمالكية والحنابلة يجيزون القضاء على الغائب إذا كان مع المدعي بينة مقبولة، وبهذا يستطيع المدعي على الغائب البعيد أن يسلك هذا الطريق من غير أن يطلب إحضار خصمه.[2]

وعند الحنابلة مسلك قريب مما ذهب إليه الشافعية: فقد فصلوا بين القريب من مجلس الحكم والبعيد عنه، فالقريب يحضر بمجرد الدعوى، ولا يطلب من المدعي تفصيل مطالبه، ولا ذكر الشروط المصححة للدعوى، والبعيد لا يحضر إلا إذا فصل المدعي دعواه وذكر جميع شروطها، ولكن مقتضى كلامهم أنه يجب على القاضي في القريب أن يستفسر عن بعض شروط الدعوى، فيسأل مثلا عن المدعى به ليعلم إن كان تافها لا تتبعه همة أو غير تافه. ويجدر بالذكر أن الحنابلة هم ممن أجاز القضاء على الغائب البعيد. ولذلك فإن المدعي على الغائب البعيد يستطيع أن يطلب الحكم على خصمه مع غيابه، ولا يطلب إحضاره، إلا أنه يشترط في هذه الحالة أن يكون معه بينة بما يدعيه، فإن لم يكن معه بينة لم ينظر في دعواه.[1]

(1) تحفة المحتاج ١٠/ ١٨٦، ١٨٩.
(2) المهذب ٢/ ٣٠٥، شرح المحلي بحاشية القليوبي وعميرة ٤/ ٣٠٨.

كيفية إحضار المدعى عليه:

٦١ - إذا استجاب المدعى عليه لدعوة خصمه، وحضر معه إلى مجلس القضاء، فلا حاجة عندئذ لأي إجراء يتخذ من أجل إحضاره.

وأما إذا جاء المدعي إلى القاضي وقال له: إن لي على فلان حقا، وهو في منزله متوار عني وليس يحضر معي، فإن القاضي ينظر في الدعوى، ويسأل عن مكان المدعى عليه، فإن كان الحال بحيث يمكن إحضار المطلوب أمر القاضي بإحضاره بكتاب أو رسول.[2] ثم إذا أطلع الخصم على طلب الحضور وجب عليه الحضور ديانة وقضاء، إلا إذا وكل عن نفسه من يرضاه لينوب عنه في المخاصمة، وإلا فإن أثبت المدعي أنه تعنت ورفض المجيء بعد أن أطلعه

(1) كشاف القناع ٤/ ١٩٦ - ١٩٣، ٢٠٨، المغني ٩/ ٦١، ٦٣، غاية المنتهى ٣/ ٤٤٤.
(2) أدب القضاء للسروجي ق ١ أ، العقد المنظم للحكام ٢/ ١٩٩، المنهاج وشرح المحلي وحاشيتي قليوبي وعميرة ٤/ ٣١٣، وتحفة المحتاج ١٠/ ١٨٩، المغني ٩/ ٦١، ٦٢، كشاف القناع ٤/ ١٩٢.

على طلب القاضي ، فإن هذا يرسل إليه بعض أعوانه ، فيحضرونه قهرا إذا وجدوه وامتنع عن الحضور.[١] ثم إذا حضر إلى مجلس القاضي وقام الدليل على تعنته وامتناعه من غير عذر أدب بما يراه القاضي مناسبا لمثله.[٢] وذلك لأنه امتنع عن القيام بواجبين هما : التحاكم إلى شرع الله بعد أن دعي إليه ، وطاعة ولي الأمر. ثم إذا عجز الأعوان عن إحضاره بعث القاضي إلى صاحب الشرطة أو الوالي ، فيعرفه بالأمر فيحضره إليه.

ثالثا - الجواب على الدعوى :

٦٢ - إذا استوفى المدعي في دعواه جميع الشروط المطلوبة لصحتها ترتب على المدعى عليه الإجابة عنها.

والجواب عن الدعوى باعتباره تصرفا شرعيا ، لا يصح إلا بشروط ، وهي :

أ - أن يكون صريحا بصيغة جازمة ، فلا يقبل من المدعى عليه أن يقول في الجواب على دعوى المدعي : (ما أظن له عندي شيئا).[٣]

ب - أن يكون مطابقا للدعوى ، وذلك بأن يجيب المدعى عليه عن جميع طلبات المدعي ، ولا يتوقف عن الإجابة عن جزء منها. بل ذهب بعض الفقهاء إلى أن الجواب لا ينبغي أن يكون أكثر عمومية من الدعوى ، بأن يجمعها ويعم غيرها ، كما لو أجاب بقوله : (لا حق لك قبلي) وذهب آخرون إلى أن مثل هذا الجواب مقبول ، لأن قوله : (لا حق لك) نكرة في سياق النفي فتفيد العموم.[١]

وكذلك قالوا : لا يكفي في الجواب على الدعوى بمائة دينار مثلا أن يقول : (ليس لك علي مائة) حتى يقول : (ولا شيء منها) ، لأنه بدون ذلك ينكر استحقاق مائة عليه ، ولا ينكر استحقاق الأقل ، والمدعي يدعي عليه كل جزء من أجزاء المائة ، فلا يكون في جوابه مستغرقا لجميع طلبات المدعي ، وإنما لجزء منها ، ويظل متوقفا عن الجواب في حق باقي الأجزاء.[٢]

بل ذهب بعض فقهاء الحنابلة إلى أنه لا بد من أن يكون الجواب مفصلا ، فلو ادعى شخص على آخر دينارا ، فأجاب المدعى عليه : لا يستحق علي فلسا ، لا يقبل الجواب حتى

---

(١) القوانين الفقهية ص٢٨٧

(٢) أدب القاضي للخصاف ق ٤ أ ، أدب القضاء لابن أبي الدم ق ١٤ ب ، المغني ٩/ ٦٦ - ٦٧ ، كشاف القناع ٦/ ١٩٢

(٣) معين الحكام ص٦٤ ، أدب القضاء لابن أبي الدم ق ٣٠ ب ، لب اللباب ص٢٥٦

(١) المهذب ٢/ ٣١١ ، المنهاج وحاشية قليوبي ٤/ ٣٣٨ ، لب اللباب ص٢٥٦ ، كشاف القناع ٤/ ١٩٦

(٢) غاية المنتهى ٣/ ٤٥١ ، كشاف القناع ٤/ ١٩٦ ، الفروع ٣/ ٨١٣ ، المنهاج وحاشية قليوبي ٤/ ٣٣٨

يصرح بنفي جميع أجزاء الدينار.[1]

والظاهر عند الحنابلة على خلاف هذا، لأن مثل هذا الجواب يتضمن نفي الجزء الأصغر حسا، ويتضمن نفي الباقي من طريق الفحوى أو الدلالة.

أوجه الجواب :

جواب الدعوى الذي يصدر عن المدعى عليه لا يخرج عن أحد الأوجه الآتية.

٦٣ - ١ - أن يكون إقرارا بالحق المدعى : ويقصد بالإقرار إخبار الشخص بحق لآخر عليه.[2]

وقد يكون الإقرار تاما بأن يقر المدعى عليه بجميع المدعى به، وقد يكون ناقصا بأن يقر ببعض المدعى به وينكر الباقي : فإذا أقر المدعى عليه بجميع المدعى به ألزمه القاضي به، وإن كان المدعى عليه كامل الأهلية مختارا، فيلزم المقر بمقتضى إقراره.

والإقرار بالمدعى قسمان : صريح وضمني والأول واضح، والضمني يكون في بعض الأحوال التي يدفع فيها المدعى عليه دعوى خصمه، فيفهم من هذا الدفع أنه مقر بأصل الدعوى، وذلك كأن يدعي عليه مالا، فيقول في الجواب : لقد أبرأني المدعي عن هذا المال، فيكون هذا الدفع متضمنا للإقرار بالمدعى.[1] وللإقرار تفصيل ينظر في مصطلحه.

٦٤ - ٢ - أن يكون الجواب إنكارا للحق المدعى : والإنكار قد يكون كليا فيسري حكمه على جميع المدعى به، وقد يكون جزئيا، فيسري حكمه على الجزء المنكر.

ويشترط في الإنكار أن يكون صريحا وبصيغة الجزم، فلا يصح قول المدعى عليه : (ما أظن له عندي شيئا).[2] ويستلزم هذا الشرط أنه يجب أن يتناول الإنكار الحق الذي تقتضيه الدعوى، فلا يصح إذا كان يتناول حقا آخر لم تقتضه الدعوى، ففي جواب دعوى الوديعة مثلا يقبل من المدعى عليه أن يقول : (لم تودعني، أولا تستحق علي شيئا)، فلو قال : (لا يلزمني دفع شيء أو تسليم شيء إليك)، لم يكن هذا إنكارا للدعوى، لأنه لا يلزمه ذلك، وإنما يلزمه التخلية بين المودع والوديعة، فهو قد نفى حقا لم يدعه عليه المدعي، فلا يعتبر إنكارا لدعوى الوديعة.[3]

---

(١) غاية المنتهى ٣/ ٤٥١، كشاف القناع ٦/ ٣٣٣، الفروع ٣/ ٨١٦

(٢) درر الحكام ٢/ ٣٥٧، تنوير الأبصار والدر المختار وحاشية ابن عابدين ٥/ ٥٨٨، وشرح حدود ابن عرفة ص٣٣٩، ومغني المحتاج ٢/ ٢٣٨، فتح الإله المالك ٢/ ٣٠٢

(١) أدب القضاء لابن أبي الدم ق٣٠ب

(٢) لب اللباب ص٢٥٠، معين الحكام ص٦٤

(٣) تحفة المحتاج ١٠/ ٣٠٥

وفي دعوى الطلاق لا يشترط أن يقول في إنكارها: (لم أطلق)، وإنما يكفي أن يقول: (أنت زوجتي)، وفي دعوى النكاح يكفي في إنكارها أن يقول: (ليست زوجتي).[1]

ويترتب على الإنكار أنه يخير المدعي بين تحليف المدعى عليه وبين إقامة البينة على صحة دعواه إذا كان قادرا على ذلك، فإن لم يستطع فليس له غير تحليفه.[2]

٦٥ ـ ٣ ـ وقد لا يكون الجواب إقرارا ولا إنكارا، بأن يسكت المدعى عليه، فلا يتكلم بإقرار ولا إنكار، أو يقول: (لا أقر ولا أنكر). وحكم ذلك عند جمهور الفقهاء أن ينظروا إلى حال المدعى عليه ليعرف إن كان سكوته متعمدا أو ناتجا عن عاهة أو دهشة أو غباوة، فإذا علم أنه لا عاهة به وأصر على الامتناع ينزل منزلة المنكر ويأخذ حكمه.

وذهب أبو يوسف من الحنفية إلى أن الساكت لا ينزل منزلة المنكر بحال من الأحوال، وإنما يجبر على الجواب، بالأدب المناسب.[3]

٦٦ ـ ٤ ـ وقد يجيب المدعى عليه بجواب غير صحيح، فينبه إليه، فلا يصححه، كأن يقول بعد طلب الجواب منه: فليثبت المدعي دعواه، فلا يكون هذا جوابا صحيحا، فإن أصر عليه اعتبر في حكم الممتنع عن الجواب، لأن طلب الإثبات لا يستلزم اعترافا ولا إنكارا.[1]

ومن القواعد التي ذكرها بعض الفقهاء في هذا الصدد أن من اعترف بسبب شرعي يوجب عليه شيئا، فإنه لا يكفيه في نفي ما يوجبه ذلك السبب أن يجيب بما هو عام يشمل الحق وغيره، ولكن لابد من إثبات عدم ما أوجبه ذلك السبب بالطريق الشرعي، مثال ذلك: لو ادعت امرأة على من يعترف بأنها زوجته المهر، فقال الزوج في الجواب عليها: (لا تستحق علي شيئا)، لم يصح هذا الجواب، واعتبر مقرا بالحق المدعى به، فيلزمه، لأنه أقر بسبب الاستحقاق إن لم يقم بينة بإسقاط المهر.[2]

٦٧ ـ ٥ ـ وقد يكون الجواب دفعا للدعوى: والدفع ـ كما يستخلص من كلام الفقهاء ـ دعوى من المدعى عليه يقصد بها دفع الخصومة عنه، أو إبطال دعوى المدعي، وعليه فإن الدفع عند الفقهاء نوعان.

الأول: الدفع الذي يقصد به إبطال دعوى

---

(١) المرجع نفسه.

(٢) أدب القضاء لابن أبي الدم ق ٣٠ ب

(٣) الفواكه البدرية ص ٦١٢، البحر الرائق ٧/ ٢٢٣، أدب القضاء لابن أبي الدم ق ٦٣ب

(١) تحفة المحتاج وحاشية العبادي ١٠/ ٣٠٤، لب اللباب لابن راشد ص ٢٥٦

(٢) حاشية الشرواني على تحفة المحتاج ١٠/ ٣٠٢، كشاف القناع ٦/ ٣٩٦

المدعي نفسها، ومثاله: أن يدعي المدعى عليه في دعوى العين أنه اشتراها منه وقبضها، أو أنه وهبها له وقبضها، أو أي سبب شرعي لانتقالها إلى يده.[1]

الثاني: الدفع الذي يقصد به دفع الخصومة عن المدعى عليه بدون تعرض لصدق المدعي أو كذبه في دعواه، وهو ما يسميه الفقهاء بدفع الخصومة، ومثاله: أن يدفع المدعى عليه في دعوى العين بأن يده على الشيء ليست يد خصومة، وإنما يد حفظ، كأن يدعي بأنه مستعير لهذه العين أو مستأجر لها، أو أنها مودعة عنده أو مرهونة لديه، وإذا أقام بينة على دعواه، فإن الخصومة تندفع عنه.[2]

وشرط هذا الدفع أن يكون المدعي يدعي على خصمه ملكا مطلقا، فإن كان يدعي عليه فعلا، كغصب أو بيع أو سرقة ونحو ذلك لم يقبل من المدعى عليه دفع هذه الخصومة بمثل ما تقدم، لأن الخصم في دعوى الفعل هو الذي يدعى عليه أنه فعله، ولا ينظر إلى يده.[3]

ومن صور دفع الخصومة أن يدفع المدعى عليه بأن المدعي قد أبرأه من الدعوى أو من الخصومة عند من يجيز هذا الإبراء، فإن ثبت ذلك يدفع الخصومة من غير أن يؤثر على الحق ذاته، ولذلك قال الفقهاء: إن الدفع بالإبراء من الدعوى لا يتضمن إقرارا بالحق المدعى، حتى لو عجز الدافع عن إثبات دفعه جاز له دفع الدعوى بأي دفع آخر من إبراء من الحق أو قضاء أو حوالة ونحوه. وهذا الدفع أجازه جمهور الفقهاء ونص الشافعية على بطلانه.[1]

ومن صوره أيضا دفع المدعى عليه بنقصان أهليته أو بنقصان أهلية خصمه المدعي، فلو رفعت الدعوى على ناقص الأهلية فقال: أنا صبي، وقفت الخصومة حتى يبلغ.[2]

والنوع الأول من الدفوع يصح إيراده في أية مرحلة تكون عليها الدعوى قبل إصدار الحكم بلا خلاف، فيصح قبل البينة، كما يصح بعدها. وأما بعد الحكم، فذهب الحنفية وبعض المالكية إلى صحته بما لا يتضمن إبطال الحكم، ولم يمكن التوفيق بينه وبين الدعوى الأصلية.[3] وذهب بعض فقهاء المالكية إلى أنه

---

(1) المنهاج وشرح المحلي، حاشية قليوبي ٤: ٣٣٧

(2) البدائع ٦: ٢٢١، تحفة المحتاج ١٠: ٣٠٩، نهاية المحتاج ٢: ٤٥٨

(3) البدائع ٦: ٢٢١

(1) البحر الرائق ٧: ٢٠٣، الوجيز للغزالي ٢: ٢٦١، تحفة المحتاج ١٠: ٣٠٩، شرح المحلي ٤: ٣٤٠، كشاف القناع ٤: ٣٣٣، الفروع ٣: ٨٢٨

(2) شرح المحلي على المنهاج ٤: ٣١٤

(3) قرة عيون الأخيار ٢: ٤٥٧، ٢: ٩٦ - ٩٧، البحر الرائق ٧: ٢٢٠ - ٢٢١، الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ٨٩، تبصرة الحكام ١: ٨٠

لا يقبل من المحكوم عليه أي دفع بعد فصل الدعوى، ولكن له أن يطعن بأن بينه وبين القاضي عداوة، فإذا أثبت ذلك وجب فسخ الحكم، وإعادة المحاكمة.[1]

وأما دفع الخصومة فيجوز إبداؤه عند الحنفية قبل الحكم ولا يصح بعده، لأن تأخر المدعى عليه في دفع الخصومة عن نفسه إلى ما بعد الحكم يجعل الدعوى صحيحة في جميع مراحلها، لأنها قامت على خصم حسب الظاهر، فيكون الحكم قد صدر صحيحا، فليس له بعد ذلك أن يدفع بأن يده مثلا كانت يد حفظ على العين التي حكم بها للمدعي، إذ يغدو بمثابة أجنبي يريد إثبات الملك للغائب، فلم تتضمن دعواه إبطال القضاء السابق.[2]

والشافعية لا يرون صحة دفع الخصومة إلا قبل الشروع في إقامة البينة من المدعي، قال القفال: إذا أقام المدعي شاهدا على ملكيته للعين، ثم قبل إكمال الشهادة دفع المدعى عليه بأن العين ليست ملكه، وإنما هي لزوجته مثلا لم يقبل منه هذا الدفع، وطلب من المدعي إكمال الشهادة، حتى إذا أتمها بشروطها قضي له بالمدعى به، وللزوجة بعد ذلك أن ترفع دعوى عليه بالعين التي قضي له بها، فمنع من إبداء الدفع بعد الشروع في إقامة البينة، لأنه مقصر لسكوته إلى هذا الوقت.[1]

والأصل في الدفع أن يكون من المدعى عليه، سواء أكان مدعى عليه في الدعوى الأصلية أم كان في دفعها، إذ من المقرر عند الفقهاء أن الدفع نفسه دعوى يصبح فيها المدعي مدعى عليه، والمدعى عليه في الدعوى الأصلية مدعيا في الدفع، فيكون للمدعي الذي انقلب مدعى عليه في الدفع أن يدفع الدفع الموجه إليه.[2]

ولكنه يسمع من غير المدعى عليه إذا تعدى إليه الحكم على فرض صدوره، كما لو ادعى رجل دينا على مورث وخاصم أحد الورثة، وأثبته بالبينة، كان لغير المخاصم من الورثة دفع هذه الدعوى، لأن أحد الورثة ينتصب خصما عن الجميع بالنسبة للتركة، فالحكم يتعدى إلى غير الوارث المخاصم، فيكون له الحق في دفعه.[3]

٦٨ - هذا، ويشترط في الدفع ما يشترط في الدعوى، لأنه نوع منها، فإن كان صحيحا

---

(١) تبصرة الحكام ١/ ٨٠ - ٨١

(٢) حاشية منحة الخالق على البحر الرائق ٧/ ٢٣٠

(١) تحفة المحتاج ١٠/ ٣٠٨ - ٣٠٩

(٢) الأشباه والنظائر لابن نجيم ص٨٩

(٣) قرة عيون الأخيار ٦/ ١٥٧، معين الحكام للطرابلسي ص١٢٩

ترتب عليه من الآثار ما ترتب على الدعوى الصحيحة، فإذا عجز الدافع عن إثبات دفعه بوسائل الإثبات الشرعية، وطلب يمين المدعي، حلف المدعي، وإن نكل عنها عن اليمين ثبت الدفع عند من يقولون بالنكول، وأما عند الآخرين فيحلف الدافع يمين الرد، فإن فعل ثبت الدفع واندفعت الدعوى، وأما إذا حلف المدعي عادت دعواه الأصلية.[١] ثم ينظر بعد ذلك في طبيعة الدفع، فقد يكون متضمنا للإقرار بالمدعى به، كما لو ادعى شخص على آخر دينا معينا، فدفع المدعى عليه قائلا: إن المدعي كان أبرأني من المبلغ المذكور، وعجز عن إثبات الإبراء، وحلف المدعي على عدمه، فإن المدعي يستحق ما ادعى به من غير أن يكلف ببينة أخرى؛ لأن المدعى عليه بدفعه قد أقر أنه كان مدينا بالمبلغ المدعى، والأصل بقاء اشتغال ذمته إلى أن يثبت العكس، وهذا لم يثبت، فيحكم للمدعي بالمبلغ الذي يطالب به.[٢] وقد لا يكون الدفع متضمنا إقرار الدافع بحق المدعي، كما في صور دفع الخصومة التي تقدم بعضها.

وتفصيله في: (إقرار، وإنكار، ونكول).[٣]

(١) تبصرة الحكام ١/ ٩٨، كشاف القناع ٤/ ٤٠١
(٢) كشاف القناع ٤/ ٤٠١، أدب القضاء لابن أبي الدم ق ٤٩
(٣) انظر شرح المجلة للأتاسي مادة ١٦٣١ (٥/ ٢٤)

انتهاء الدعوى:

٦٩ - تنتهي الدعوى غالبا بصدور حكم في موضوعها يحسم النزاع، بحيث لا تقبل بعد ذلك إثارته، ولكنها قد تنتهي بعارض من العوارض يضع حدا للخصومة قبل وصولها إلى تلك النهاية.

أما الحكم فقد عرفه بعض الفقهاء بأنه فصل الخصومة.[١] ويشترط لصحته: أن تتقدمه خصومة ودعوى صحيحة، وأن يكون بصيغة الإلزام، وأن يكون واضحا بحيث يبين فيه ما يحكم به ومن يحكم له بصورة واضحة، وشروط أخرى مختلف فيها بين الفقهاء، وينظر تفصيلها وتفصيل أنواع الحكم وآثاره في مصطلح: (قضاء).

وأما العوارض التي تنهي الدعوى قبل صدور حكم فيها، فإنه بالرغم من أن الفقهاء لم يعنوا بحصرها، إلا أنه يمكن استنتاجها من القواعد والأصول التي اعتمدوا عليها في التقاضي ونظر الدعاوى، ومن بعض الفروع الفقهية التي ذكروها.

أ - بناء على تعريف المدعي بأنه من إذا ترك الخصومة لا يجبر عليها، فإن الدعوى تنتهي

(١) كفاية الطالب الرباني ٢/ ٢٥٤، كشاف القناع ٤/ ٢٥٦

يستطيع المدعي تركها بإرادته . قال الباجوري : «إن مشيئة المدعي لا تتقيد بمجلس الحكم ، فله إذا ما أن المدعى عليه إلى الأسئلة مل له الانصراف وترك الخصومة بالكلية» .(١)

ب - وبناء على ما تقدم من شروط الدعوى فإنها تنتهي إذا طرأ ما يجعل بعض تلك الشروط متخلفا ، كما لو أضحى المدعي لا مصلحة له في متابعة السير في الدعوى والخصومة . وقد تقدم أن كون الدعوى مفيدة ، شرط في صحتها ، ويمكن حدوث ذلك في بعض الصور منها : أن يتوفى الصغير المتنازع على حضانته ، فيصبح الاستمرار في الدعوى غير مفيد للمدعي ، ومنها أن يتوفى الزوج الذي تطلب الزوجة الحكم بتطليقها منه ، حيث تنتفي المصلحة في استمرار نظر الدعوى .

غير أنه يجدر بالملاحظة في هذا المقام أن المدعي الأصلي في الدعوى قد يصبح في مركز المدعى عليه إذا تقدم المدعى عليه الأصلي بدفع صحيح للدعوى الأصلية . ولذلك فإن القاعدة السابقة تقتضي أن لا يسمح للمدعي الأصلي أن يترك دعواه إذا كان المدعى عليه قد أبدى دفعا لهذه الدعوى إلا إذا تراضيا على ذلك .

وكذلك تنتهي الدعوى إذا انتهى التنازع في الحق المطلوب قبل صدور حكم في موضوع الدعوى ، كما لو تصالح الخصوم على الحق المدعى .

(١) حاشية الباجوري ٢/ ٤٠٦

دعوة

التعريف :

١ - الدعوة مصدر (دعا) تقول : دعوت زيدا دعوا ودعوة ، أي ناديته .

وقد تكون للمرة كقوله تعالى : ﴿ثم إذا دعاكم دعوة من الأرض إذا أنتم تخرجون﴾[1] أي دعاكم مرة واحدة .

والدعوة تأتي في اللغة لمعان منها :

أ - النداء ، تقول دعوت فلانا أي ناديته ، وهذا هو الأصل في معنى (دعا) مطلقا ولو من الأعلى للأدنى ، ومنه قوله تعالى : ﴿يوم يدعوكم فتستجيبون بحمده﴾[2]

ب - الطلب من الأدنى إلى الأعلى ، ومنه قوله تعالى : ﴿أجيب دعوة الداع إذا دعان﴾[3] واستعمال لفظ الدعاء في هذا أكثر من (الدعوة) . ومنه (الدعوى) كما في قوله تعالى : ﴿وآخر دعواهم أن الحمد لله رب العالمين﴾[4]

(١) سورة الروم / ٢٥

(٢) سورة الإسراء / ٥٢

(٣) سورة البقرة / ١٨٦

(٤) سورة يونس / ١٠

أي آخر دعائهم ، وقد تخص بطلب الحضور تقول : (دعوت فلانا) أي طلبت إقباله

ج - والدعوة الدين أو المذهب ، حقا كان أو باطلا ، سمي بذلك لأن صاحبه يدعو إليه ، ومنه قوله تعالى : ﴿له دعوة الحق﴾[1]

د - والدعوة ما دعوت إليه من طعام أو شراب . وخصها اللحياني بالدعوة إلى الوليمة ، وهي طعام العرس .

هـ - والدعوة الحلف ، أي لأنه يدعى به للانتصار .

و - والدعوة النسب ، تقول : فلان يدعى لفلان ، أي ينسب إليه ، ومنه قوله تعالى : ﴿ادعوهم لآبائهم هو أقسط عند الله﴾[2] والمنسوب إلى غير أبيه يقال له : الدعي ، وأكثر العرب يقولون في النسب (الدعوة) وقال ابن شميل : الدعوة (بكسر الدال) في النسب ، والدعوة في الطعام ، وعدي من الرباب على العكس يفتحون الدال في النسب ويكسرون في الطعام ، ونقل ابن عابدين أن الدعوة في دار الحرب بالضم .[3]

ز - والدعوة الأذان أو الإقامة ، وفي الحديث : « الخلافة في قريش ، والحكم في الأنصار ،

(١) سورة الرعد / ١٤

(٢) سورة الأحزاب / ٥

(٣) لسان العرب ومختار الصحاح ، وابن عابدين ٣ / ٢٢٣

والدعوة في الحبشة»(١) جعل الأذان في الحبشة تفضيلا لمؤذن بلال، وإنما قيل للأذان ذلك لأنه دعوة إلى الصلاة، ولذلك يقول المجيب. «اللهم رب هذه الدعوة التامة والصلاة القائمة ... الخ».(٢)

وأما في اصطلاح الفقهاء فإن الدعوة لا تخرج عن هذه المعاني المذكورة.

٢ - وسنقتصر البحث في هذا المصطلح على المعاني التالية:

أ - الدعوة: بمعنى طلب الدخول في الدين والاستمساك به.

ب - والدعوة: بمعنى المناداة وطلب الحضور إلى الداعي.

وأما الدعوة: بمعنى الدعاء. وهو الرغبة إلى الله تعالى في أن يجيب سؤال الداعي ويقضي حاجته فتنظر أحكامها في دعاء.

وأما الدعوة بمعنى النسب فتنظر أحكامها في: (نسب).

(١) حديث: «الخلافة في قريش، والحكم في الأنصار، والدعوة في الحبشة» أخرجه أحمد في مسنده (٤/ ١٨٥ - ط الميمنية) من حديث عتبة بن عبد، وقال الهيثمي: «رجاله ثقات» كذا في «مجمع الزوائد» (٤/ ١٩٢ - ط القدسي).

(٢) حديث: «اللهم رب هذه الدعوة التامة، والصلاة القائمة ...» أخرجه البخاري (الفتح ٢/ ٩٤ - ط السلفية) من حديث جابر بن عبدالله.

أولا:

الدعوة بمعنى الدين «أو المذهب» أو بمعنى الدخول فيهما:

٣ - أما بالمعنى الثاني فواضح مأخذه لغة، فإن الداعي يطلب من غيره أن يتابعه على دينه، والطلب دعوة.

وأما إطلاق الدعوة على الدين نفسه، أو على المذهب، فلأن صاحبه يدعو إليه، ومنه قوله تعالى: ﴿له دعوة الحق﴾(١) قال الزجاج: جاء في التفسير أنها شهادة أن لا إله إلا الله أي لأنها يدعى إليها أهل الملل الكافرة. وفي كتاب النبي ﷺ إلى هرقل: «إني أدعوك بدعاية الإسلام» وفي رواية «داعية الإسلام».(٢) قال ابن منظور: أي بدعوته.

ويطلق على الأديان والمذاهب الباطلة أنها دعوات، كدعوات المتنبئين، وأرباب المذاهب الفاسدة المبتدعة، كالدعوات الباطنية التي أكثرت من استعمال هذا المصطلح ومشتقاته. غير أن «الدعوة» إذا أطلقت في كلام الفقهاء فالمعني بها دعوة الحق وهي الدعوة الإسلامية، كقولهم في أبواب الجهاد: «لا يحل لنا أن نقاتل

(١) سورة الرعد/ ١٤

(٢) حديث: «إني أدعوك بدعاية الإسلام» وفي رواية «بداعية الإسلام» أخرج الرواية الأولى البخاري (الفتح ١/ ٣٢ - ط السلفية)، ومسلم (٣/ ١٣٩٦ - ط الحلبي) وتخريج الرواية الثانية مسلم (٣/ ١٣٩٧ - ط الحلبي) كلاهما من حديث أبي سفيان.

من لا تبلغه الدعوة إلى الإسلام. (1)

الألفاظ ذات الصلة :

٤ - أ - الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر :

الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر أوسع دلالة من «الدعوة»، إذ أن «الدعوة إلى الله» أمر بالمعروف الأكبر الذي هو الإيمان والإصلاح، ونهي عن المنكر الأكبر الذي هو الكفر بالله والإشراك به ومعصيته.

و«الدعوة» تهدف إلى الإقناع والوصول إلى قلوب المدعوين للتأثير فيها حتى تتحول عما هي عليه من الإعراض أو العناد، إلى الإقبال والمتابعة. أما الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر فقد يهدف إلى ذلك، وقد يهدف إلى مجرد وجود المعروف وزوال المنكر، سواء أحصل الاقتناع والمتابعة أم لم يحصلا.

وعلى هذا فالدعوة أخص من الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر.

ب - الجهاد :

٥ - الجهاد القتال لإعلاء كلمة الله، وهو من باب الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر، والجهاد فعل، والجهاد ليس هو الدعوة، بل الدعوة مطالبة الكافر ونحوه بالإيمان والاتباع، والدعوة واجبة قبل القتال، كما سيأتي.

(1) الدر المختار ٣/ ٢٢٣، وانظر مصطلح: (تبييت) في الموسوعة.

جـ - الوعظ :

٦ - الوعظ والعظة : النصح والتذكير بالعواقب، قال ابن سيدة : هو تذكيرك للإنسان بما يلين قلبه من الثواب والعقاب. (1) فهو أخص من الدعوة، إذ الدعوة تكون أيضا بالمجادلة والمحاورة وكشف الشبه وتبليغ الدين مجردا.

حكم الدعوة :

٧ - الدعوة إلى الله تعالى فرض لازم، لقوله تعالى : ﴿ادع إلى سبيل ربك بالحكمة والموعظة الحسنة﴾ (2) وقوله تعالى : ﴿قل هذه سبيلي أدعو إلى الله على بصيرة أنا ومن اتبعني﴾ (3) وقوله : ﴿ولتكن منكم أمة يدعون إلى الخير ويأمرون بالمعروف وينهون عن المنكر وأولئك هم المفلحون﴾ (4)

واختلف في وجوب الدعوة إلى الله هل هو عيني أم كفائي. (5)

وتفصيله ذكر في مصطلح «أمر بالمعروف».

فضل الدعوة إلى الله تعالى :

٨ - يتبين فضل القيام بالدعوة إلى الله تعالى من وجوه :

(1) لسان العرب.
(2) سورة النحل / ١٢٥
(3) سورة يوسف / ١٠٨
(4) سورة آل عمران / ١٠٤
(5) تفسير ابن كثير ٢/ ١٠٩، وسورة المائدة / ١٠٥

٩ ـ الوجه الأول : أن الدعوة إلى الله تعالى تولاها الله تعالى ، فأرسل الرسل وأنزل معهم الكتب وأيدهم بالمعجزات ، وأمر بالتقوى ، وأمر الناس بعبادته وحده لا شريك له . كما أنه في مخلوقاته نصب الأدلة على كونه الرب الخالق الذي ينبغي أن يعبد ، وفي كتبه ذكر البراهين التي تثبت ذلك ، ثم بشر وحذّر وأنذر ، وقال : ﴿والله يدعو إلى دار السلام ويهدي من يشاء إلى صراط مستقيم﴾ .[1]

وتولى الدعوة أيضاً رسله عليهم الصلاة والسلام بتكليف من الله تعالى ، فإن مضمون الرسالة الدعوة إلى الله تعالى ، كما قال : ﴿ولقد بعثنا في كل أمة رسولاً أن اعبدوا الله واجتنبوا الطاغوت﴾[2] وقال : ﴿رسلاً مبشرين ومنذرين لئلا يكون للناس على الله حجة بعد الرسل﴾ .[3]

وآخر الرسل محمد ﷺ بعثه الله تعالى وحدد له مهام الرسالة ومنها الدعوة إليه تعالى ، فقال : ﴿يا أيها النبي إنا أرسلناك شاهداً ومبشراً ونذيراً . وداعياً إلى الله بإذنه وسراجاً منيراً﴾ .[4]

فوظيفة الداعية إذن من الشرف في مرتبة عالية ، إذ أنها تبليغ دعوة الله تعالى ، ومتابعة مهمة الرسل ، والسير على طريقهم ، كما يشير إليه قوله تعالى : ﴿قل هذه سبيلي أدعو إلى الله على بصيرة أنا ومن اتبعني﴾ .[5]

وقد أخبر الله تعالى أن من دعاء عباد الرحمن أن يقولوا : ﴿واجعلنا للمتقين إماماً﴾[6] قال قتادة : « أي قادة في الخير ، ودعاة هدى يؤتم بنا في الخير » .[7]

١٠ ـ الوجه الثاني : ما يشير إليه قوله تعالى : ﴿ومن أحسن قولاً ممن دعا إلى الله وعمل صالحاً . . .﴾[8] فإنه يبين أن الدعاء إلى الله ، وما يتبع ذلك ، هو أحسن القول ، وأعلاه مرتبة ، وما ذلك إلا لشرف غاياته وعظم أثره .

١١ ـ الوجه الثالث : ما يشير إليه قوله تعالى : ﴿كنتم خير أمة أخرجت للناس تأمرون بالمعروف . . .﴾[9] وقوله : ﴿ولتكن منكم أمة يدعون إلى الخير﴾ ، إلى قوله : ﴿وأولئك هم المفلحون﴾ .[10] فالآية تبين أفضلية هذه الأمة على غيرها ، وأنه هو دعوة الناس ، والسبب في إيمانهم ، وفي مسارعتهم إلى المعروف وانتهائهم عن المنكر .

---

(١) سورة يونس/ ٢٥

(٢) سورة النحل/ ٣٦

(٣) سورة النساء/ ١٦٥

(٤) سورة الأحزاب/ ٤٥

(١) سورة يوسف/ ١٠٨

(٢) سورة الفرقان/ ٧٤

(٣) فتح الباري ١٣/ ٢٥٦ القاهرة ، المطبعة السلفية ١٣٨٦هـ

(٤) سورة فصلت/ ٣٣

(٥) سورة آل عمران/ ١١٠

(٦) سورة آل عمران/ ١٠٤

والآية السابقة: حصرت الفلاح في الدعاة الآمرين بالمعروف الناهين عن المنكر.

١٢ ـ الوجه الرابع: ما يشير إليه قول النبي ﷺ: «من دعا إلى هدى كان له من الأجر مثل أجور من تبعه لا ينقص ذلك من أجورهم شيئا»[1] ففيه عظم أجر الدعاة إذا اهتدى بدعوتهم أقوام قليل أو كثير، وقال النبي ﷺ لعلي بن أبي طالب رضي الله عنه لما أعطاه الراية يوم خيبر: «انفذ على رسلك حتى تنزل بساحتهم ثم ادعهم إلى الإسلام فوالله لأن يهدي الله بك رجلا واحدا خير لك من أن يكون لك حمر النعم»[2].

أهداف الدعوة وحكمة مشروعيتها:

١٣ ـ يهدف تشريع الدعوة إلى الله تعالى إلى تحقيق أغراض سامية منها:

١ ـ إرشاد البشرية إلى أعلى حق في هذا الوجود، إذ بدون الدعوة لا يتمكن البشر من معرفة ربهم، ويبقون في تخبط من أمر أصل الخلق والغرض منه، ومآله، ويضيع الإنسان في هذا الكون، فتغلب عليهم الضلالات والأوهام كما قال تعالى: ﴿كتاب أنزلناه إليك لتخرج الناس من الظلمات إلى النور بإذن ربهم إلى صراط العزيز الحميد﴾[1].

قال القرطبي: «لتخرج الناس» أي بالكتاب وهو القرآن، أي بدعائك إليه من ظلمات الكفر والضلالة إلى نور الإيمان والعلم بتوفيقه إياهم ولطفه بهم، وأضيف إلى النبي ﷺ، لأنه الداعي، والمنذر الهادي إلى صراط العزيز الحميد[2].

٢ ـ إنقاذ البشرية من أسباب الدمار والهلاك، فإن البشر إذا ساروا في حياتهم بمجرد عقولهم وأهوائهم وغرائزهم، لا يستطيعون توقي ما يضرهم، ويؤدي بهم إلى الفساد في الغالب، والشرائع الإلهية جاءت بالتحليل والتحريم والقواعد التي تكفل لمتبعيها السعادة والصلاح واستقامة الأمور. قال تعالى: ﴿يا أيها الذين آمنوا استجيبوا لله وللرسول إذا دعاكم لما يحييكم﴾[3] أي يحيي دينكم ويعلمكم، أو إلى ما يحيي به قلوبكم فتوحدوه، وهذا إحياء مستعار، لأنه من موت الكفر والجهل، وقال مجاهد والجمهور: استجيبوا للطاعة وما تضمنه

---

(١) حديث: «من دعا إلى هدى كان له من الأجر...» أخرجه مسلم (٤/ ٢٠٦٠ ـ ط الحلبي) من حديث أبي هريرة.

(٢) حديث: «انفذ على رسلك حتى تنزل بساحتهم» أخرجه مسلم (٤/ ١٨٧٢ ـ ط الحلبي) من حديث سهل بن سعد.

---

(١) سورة إبراهيم/ ١

(٢) القرطبي ٩/ ٣٣٨، وروح المعاني ١٣/ ١٨٠ ـ ١٨١، وتفسير ابن كثير ٢/ ٥٢٩ ـ ٥٣١

(٣) سورة الأنفال/ ٢٤

القرآن، ففيه الحياة الأبدية والنعمة السرمدية.(١)

٣ ـ تحقيق الغاية من الخلق، فإن الله تعالى خلق الكون ومهده للناس ليعبدوه فيه، قال تعالى: ﴿وما خلقت الجن والإنس إلا ليعبدون﴾(٢)

قال علي رضي الله عنه: وما خلقت الجن والإنس إلا لآمرهم بالعبادة، وقال مجاهد: إلا ليعرفوني. قال الثعلبي: وهذا قول حسن، لأنه لو لم يخلقهم لما عرف وجوده وتوحيده. ولا يتحقق ذلك إلا بالدعوة، ليتمكن الخلق من معرفة الوجوه التي يريد الله تبارك وتعالى أن يعبد بها، فإن العقل لا يهتدي لذلك من دون أن يبلغ به من يعلمه.

٤ ـ إقامة حجة الله على العباد، بأن دينه وشرائعه قد بلغتهم حتى إن عذبهم لم يكن عذابه ظلما، كما قال تعالى: ﴿رسلا مبشرين ومنذرين لئلا يكون للناس على الله حجة بعد الرسل﴾.(٣)

٥ ـ تحقيق الهداية والرحمة المقصودة بإرسال الرسل وإنزال الكتب، كما قال تعالى لنبيه محمد ﷺ: ﴿وما أرسلناك إلا رحمة للعالمين﴾(٤)

وقال عن كتابه: ﴿هدى للمتقين﴾(١) ﴿وإنه لهدى ورحمة للمؤمنين﴾(٢) فالدعوة هي الوسيلة إلى إطلاع من لا يعلم بالرسول والكتاب على حقيقتهما وحقيقة ما جاءا به، فتعم الرحمة والهداية إلى المدى الذي يشاء الله.

٦ ـ تكثير عدد الأقوام المؤمنين بالله، وتحقيق عزة شأن الإسلام والمسلمين.

٧ ـ ما تقدم هو في دعوة غير المسلمين، أما الدعوة بين المسلمين فالهدف منها تذكير الغافلين والعصاة، والعودة بالمنحرفين إلى الصراط المستقيم، وتقليل الفساد في المجتمع الإسلامي، وإزالة الشبه التي يثيرها أعداء الدين، وتكثير الملتزمين المتمسكين بتعاليم الدين ليعيش المؤمنون ـ ومنهم الدعاة أنفسهم ـ في عزة وقوة، وفي أمن ورخاء، بخلاف ما لو كثر المنكر وأهله، فإن ذلك يؤدي إلى ضعف أهل الإيمان، وذلهم بين أقوامهم. وإذا كثر المنكر وأهله حتى غلبوا كان ذلك سببا للفتن والعقوبة التي قد لا يسلم منها المؤمنون أنفسهم، كما قال تعالى: ﴿واتقوا فتنة لا تصيبن الذين ظلموا منكم خاصة﴾.(٣)

الدعوة إلى الباطل:

١٤ ـ حرم الإسلام الدعوة إلى الباطل، وشدد

(١) تفسير القرطبي ٧/ ٣٨٩

(٢) سورة الذاريات / ٥٦، وانظر القرطبي ١٧/ ٥٥

(٣) سورة النساء / ١٦٥

(٤) سورة الأنبياء / ١٠٧

(١) سورة البقرة / ٢

(٢) سورة النمل / ٧٧

(٣) سورة الأنفال / ٢٥

التكبير على دعاة الباطل في آيات صريحة وأحاديث صحيحة، كما حذر القرآن والسنة من مساندة الداعين إلى الباطل أو تسهيل الأمر عليهم، فحذّر الله من دعوة شيطان الجن الإنسان إلى معصية الله، بل أخبرنا بمقالته يوم القيامة للضالين والعصاة الذين أضلهم، كما قال تعالى: ﴿وقال الشيطان لما قضي الأمر إن الله وعدكم وعد الحق ووعدتكم فأخلفتكم وما كان لي عليكم من سلطان إلا أن دعوتكم فاستجبتم لي فلا تلوموني ولوموا أنفسكم ما أنا بمصرخكم وما أنتم بمصرخي إني كفرت بما أشركتمون من قبل إن الظالمين لهم عذاب أليم﴾[1] وكذلك شياطين الإنس يقول لهم المدعوون الذين ضلوا بسببهم: ﴿بل مكر الليل والنهار إذ تأمروننا أن نكفر بالله ونجعل له أندادا﴾[2] وحذر من مصير دعاة الباطل وأتباعهم فقال في فرعون وآله: ﴿وجعلناهم أئمة يدعون إلى النار﴾[3]

وقد دل القرآن العظيم على أن الداعي إلى الباطل يحمل بالإضافة إلى وزر نفسه أوزار من ضلوا بدعوته، كما قال تعالى: ﴿ليحملوا أوزارهم كاملة يوم القيامة ومن أوزار الذين

(١) سورة إبراهيم/ ٢٢
(٢) سورة سبأ/ ٣٣
(٣) سورة القصص/ ٤١

يضلونهم بغير علم﴾[1] قال ابن كثير: إن الدعاة عليهم إثم ضلالهم في أنفسهم، وإثم آخر، بسبب ما أضلوا من غير أن ينقص من أوزار أولئك شيء، وهذا من عدل الله تعالى.[2]

وقال النبي ﷺ: «من دعا إلى ضلالة كان عليه من الإثم مثل آثام من تبعه لا ينقص ذلك من آثامهم شيء»[3] وفي الصحيحين عن حذيفة بن اليمان قال: «قلت يارسول الله: إنا كنا في جاهلية وشر فجاءنا الله بهذا الخير فهل بعد هذا الخير من شر؟ قال: «نعم» ثم بيّن هذا الشر فقال: «دعاة على أبواب جهنم من أجابهم إليها قذفوه فيها» قال حذيفة: قلت: يارسول الله صفهم لنا، فقال: «هم من جلدتنا ويتكلمون بألسنتنا»[4] الحديث. وكل هذا يوجب على المسلم الحذر من دعوة الباطل ومن يحمل تلك الدعوة.

بيان ما يدعى إليه:

١٥ ـ أول ما يدعى إليه الكافر الذي لم تبلغه

(١) سورة النحل/ ٢٥
(٢) تفسير ابن كثير ٢/ ٥٨٩
(٣) حديث: «من دعا إلى ضلالة كان عليه من الإثم ...» أخرجه مسلم (٤/ ٢٠٦٠ ـ ط الحلبي) من حديث أبي هريرة.
(٤) حديث حذيفة بن اليمان. أخرجه البخاري (الفتح ١٣/ ٣٥ ـ ط السلفية)، ومسلم (٣/ ١٤٧٥ ـ ط الحلبي).

الدعوة، الإيمان بوجود الله تعالى، وتوحيده، والتصديق بكتابه، والإيمان برسوله ﷺ، والإيمان بسائر كتب الله المنزلة، ورسله، واليوم الآخر، ومتابعة أوامر الله ونواهيه، واتباع ما جاء به رسوله ﷺ، وتعظيم الله ورسوله، والالتزام بسائر فرائض الإسلام وواجباته، وترك المحرمات، والإقبال على الأعمال الصالحة، والتحلي بمحاسن الأخلاق، وتزكية النفس من شوائب النفاق والرياء، وترك ما كرهه الشرع، وتعلم القرآن والأحكام.

١٦ ـ والأصل في ذلك حديث ابن عباس في الصحيحين أن النبي ﷺ قال لمعاذ بن جبل حين بعثه إلى اليمن: «إنك تقدم على قوم من أهل الكتاب فليكن أول ما تدعوهم إليه عبادة الله عز وجل ـ وفي رواية: فادعهم إلى شهادة أن لا إله إلا الله وأني رسول الله ـ فإذا عرفوا الله فأخبرهم أن الله فرض عليهم خمس صلوات في يومهم وليلتهم، فإذا فعلوا ذلك ـ وفي رواية: فإن أطاعوا لذلك ـ فأخبرهم أن الله قد فرض عليهم زكاة تؤخذ من أغنيائهم فترد على فقرائهم، فإذا أطاعوا بها، فخذ منهم، وتوق كرائم أموالهم»[1] قال ابن حجر: بدأ بالشهادتين لأنهما أصل الدين الذي لا يصح شيء غيره إلا بهما، فمن كان منهم غير موحد فالمطالبة متوجهة إليه بكل واحدة من الشهادتين على التعيين، ومن كان موحدا فالمطالبة له بالجمع بين الإقرار والوحدانية، ثم قال: بدأ بالأهم فالأهم، وذلك من التلطف في الخطاب لأنه لو طالبهم بالجميع في أول مرة لم يأمن النفرة.[1]

وقد أمر الله تعالى نبيه ﷺ بالدعوة إليه فقال: ﴿وادع إلى ربك﴾[2] وقال تعالى: ﴿قل هذه سبيلي أدعو إلى الله﴾.[3]

وفي بعض الآيات عبر بالدعوة إلى سبيل الله فقال: ﴿ادع إلى سبيل ربك﴾[4] وهذا أعظم ما دعا إليه الرسل، كما قال الله تعالى حكاية عن قول نوح عليه السلام: ﴿إني لكم نذير مبين أن لا تعبدوا إلا الله﴾[5] وقول كل من هود وصالح عليهما السلام: ﴿قال يا قوم اعبدوا الله ما لكم من إله غيره﴾.[6]

واجب من بلغته الدعوة إلى الحق:

١٧ ـ من بلغته الدعوة من الكفار إلى دين

---

(١) حديث: «إنك تقدم على قوم من أهل الكتاب...»

ـ أخرجه البخاري (الفتح ٣/٣٥٧ ـ ط السلفية)، ومسلم (١/٥٠، ٥١ ـ ط الحلبي).

(١) فتح الباري ٣/٣٥٧

(٢) سورة القصص/ ٨٧

(٣) سورة يوسف/ ١٠٨

(٤) سورة النحل/ ١٢٥

(٥) سورة هود/ ٢٥، ٢٦

(٦) سورة هود/ ٥٠، ٦١

الإسلام وما فيه من الحق، وجب عليه المبادرة إلى قبوله، والترحيب به، ومتابعة الداعي إليه، وأن يعلم أن ذلك خير ساقه الله إليه، وفتح له به بابا ليدخل إلى مأدبته، كما في الحديث الذي رواه البخاري عن جابر قال: «جاءت ملائكة إلى النبي ﷺ وهو نائم» إلى أن قال: «فقالوا: مثله كمثل رجل بنى دارا، وجعل فيها مأدبة، وبعث داعيا، فمن أجاب الداعي دخل الدار، وأكل من المأدبة، ومن لم يجب الداعي لم يدخل الدار ولم يأكل من المأدبة، فأولوا الرؤيا فقالوا: فالدار الجنة، والداعي محمد ﷺ، فمن أطاع محمدا ﷺ فقد أطاع الله، ومن عصى محمدا ﷺ فقد عصى الله»(١) وينبغي أن يعلم المدعو أنه بمجرد بلوغ الدعوة له بصورة واضحة فقد قامت عليه حجة الله، فإن لم يؤمن بالله ورسوله استحق عقوبة المشركين والكافرين، لقوله تعالى: ﴿وما كنا معذبين حتى نبعث رسولا﴾ (٢) وقول النبي ﷺ: «والذي نفس محمد بيده لا يسمع بي أحد من هذه الأمة يهودي ولا نصراني، ثم يموت ولم يؤمن بالذي أرسلت به إلا كان من أصحاب النار»(٣).

وإذا أسلم الكافر وجب عليه أن لا يكتفي بالتسمي بالإسلام، بل عليه العلم بأحكامه والعمل بها، والتخلق بالأخلاق الإسلامية، والمبادرة إلى التخلص مما ينافي الإسلام من الاعتقادات والعادات.

من لم تبلغهم دعوة الإسلام:

١٨ ـ من لم تبلغهم الدعوة الإسلامية لا يكلفون بشيء من الأحكام الشرعية، فإذا رغب أحد من الكفار في دخول بلاد المسلمين ليسمع القرآن، ويعلم ما جاء به، ويفهم أحكامه وأوامره ونواهيه، وجب إعطاؤه الأمان لأجل ذلك، فإن قبل فهو حسن، وإلا وجب رده إلى مأمنه. قال تعالى: ﴿وإن أحد من المشركين استجارك فأجره حتى يسمع كلام الله ثم أبلغه مأمنه ذلك بأنهم قوم لا يعلمون﴾ (١).

أما من حيث النجاة في الآخرة، فقد قسم الإمام الغزالي الناس في شأن دعوة محمد ﷺ ثلاثة أقسام:

الأول: من لم يعلم به بالمرة، قال: وهؤلاء ناجون.

الثاني: من بلغته الدعوة على وجهها ولم ينظر في

(١) حديث جابر بن عبد الله: «جاءت ملائكة إلى النبي ﷺ...» أخرجه البخاري (فتح ١٣/ ٢٤٩ ـ ط السلفية).

(٢) سورة الإسراء/ ١٥.

(٣) حديث «والذي نفس محمد بيده لا يسمع بي أحد من هذه الأمة...» أخرجه مسلم (١/ ١٣٤ ـ ط الحلبي) من حديث أبي هريرة.

(١) سورة التوبة/ ٦.

أدلتها استكبارا أو إهمالا أو عنادا، فالـ. وهؤلاء مؤاخذون.

الثالث: من بلغته الدعوة على غير وجهها، كمن بلغه اسم محمد ﷺ ولم يبلغهم نعته وصفته، بل سمعوا منذ الصبا باسمه من أعدائه منعتا بالتدليس والكذب وادعاء النبوة فهؤلاء في معنى الصنف الأول[1].

المكلف بالدعوة إلى الله.

١٩ ـ الإمام أولى الناس بإقامة الدعوة إلى الله، وذلك لأمور:

الأول: أن الإمامة في شريعة الإسلام إنما هي لحراسة الدين وسياسة الدنيا، وحراسة الدين تقتضي الحرص على نشره، وتقويته، وقيام العمل به، واستمرار كلمته عالية، وتضمن الدفاع عنه ضد الشبهات، والضلالات، التي يلقيها ويبثها أعداء الدين. قال ابن تيمية: «ولي الأمر إنما نصب ليأمر بالمعروف وينهى عن المنكر، وذلك هو مقصود الولاية»[1] كما أن من واجب الإمام إقامة الجهاد لنشر الإسلام، والجهاد في ذلك نوع من الدعوة إلى الله على ما يأتي بيانه.

الثاني: أن الدعوة إلى الله هو على المسلمين فرض كفاية على الراجح، وفروض الكفايات على الإمام القيام بها أو تكليف من يقوم بها، كتكليفه للقضاة، والأئمة، والمؤذنين، وأهل الجهاد، ونحو ذلك.

الثالث: أن ما يحصل للإمام من التمكين في الأرض وعلو الكلمة على المسلمين يقتضي أن يكون صالحا في نفسه محاولا الإصلاح جهده، لقول الله تبارك وتعالى: ﴿ولينصرن الله من ينصره إن الله لقوي عزيز. الذين إن مكناهم في الأرض أقاموا الصلاة وآتوا الزكاة وأمروا بالمعروف ونهوا عن المنكر ولله عاقبة الأمور﴾.[2]

٢٠ ـ والدعوة إلى الله مكلف بها كل مسلم ومسلمة على سبيل الوجوب الكفائي أو العيني،

---

(١) مع الله، للشيخ محمد الغزالي ص٢٠، القاهرة، دار الكتب الحديثة، ١٣٨٠هـ نقلا عن فيصل التفرقة للإمام أبي حامد الغزالي. وتفسير ابن كثير عند قوله تعالى: ﴿وما كنا معذبين حتى نبعث رسولا﴾ من سورة الإسراء ٣/ ٣١، القاهرة عيسى الحلبي. وتفسير الرازي ١٤/ ٢٣٦، والقرطبي ٨/ ٧٤، وأحكام القرآن للجصاص ٣/ ٨٩. ونهاية المحتاج ٨/ ٣٧٦، وشرح المنهاج بحاشية القليوبي ٤/ ١٤٠. وشرح رسالة ابن أبي زيد القيرواني المسمى كفاية الطالب الرباني ١/ ٣٤٦ دار المعرفة، ومواهب الجليل ٨/ ٤٦٩، وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٢/ ٢٠٠.

(١) السياسة الشرعية في إصلاح الراعي والرعية. بتحقيق محمد المبارك ص٦٥ بيروت، دار الكتب العربية ١٣٨٦هـ.

(٢) سورة الحج ٤٠، ٤١. وانظر تفسير القرطبي ١٢/ ٧٣.

فليست خاصة بالعلماء الذين بلغوا في العلم المراتب العالية، وإنما ينبغي أن يكون الداعي عالما بما يدعو إليه، لقول النبي ﷺ: «نضر الله امرأ سمع منا شيئا فبلغه كما سمعه»[1] وقوله: «بلغوا عني ولو آية»[2] وقال بعد أن خطب في حجة الوداع: «ليبلغ الشاهد الغائب».[3]

فالمسلم يدعو إلى أصل الإسلام، وإلى أصل الأمور الظاهرة منه كالإيمان بالله، وملائكته، وكتبه، واليوم الآخر، وكفعل الصلاة، وأداء الزكاة والصوم، والحج ونحو ذلك، وإلى نحو ترك المعاصي الظاهرة من الزنا، وشرب الخمر، والعقوق، والفحش في القول. ولكن ليس له أن يدعو إلى شيء يجهله، لئلا يكون عليه إثم من يضلهم بغير علم، ويختص أهل العلم بالدعوة إلى تفاصيل ذلك، وكشف الشبه، وجدال أصحابها، ورد غلو الغالين، وانتحال المبطلين ونحو ذلك، ولغير العلماء أيضا الدعوة إلى مسائل جزئية إذا علموها وأصبحوا بها على بصيرة. ولا يشترط لذلك التبحر في العلم الشرعي بجميع أقسامه، فكل من الطرفين يدعو إلى ما هو عالم به. قال الغزالي: «واجب أن يكون في كل مسجد ومحلة من البلد فقيه يعلم الناس دينهم، وكذا في كل قرية» ثم قال: «وكل عامي عرف شروط الصلاة فعليه أن يعرف غيره، وإلا فهو شريك في الإثم. ومعلوم أن الإنسان لا يولد عالما بالشرع، وإنما يجب التبليغ على أهل العلم. فكل من تعلم مسألة واحدة فهو من أهل العلم بها. والإثم - أي في ترك التبليغ - على الفقهاء أشد لأن قدرتهم فيه أظهر، وهو بصناعتهم أليق».[1]

شروط الداعية:

٢١ - يشترط في الداعية أن يكون مكلفا (أي مسلما عاقلا بالغا) وأن يكون عالما عادلا، ولا خلاف في أن المرأة مكلفة بالدعوة، مشاركة للرجل فيها.

وينظر هنا مصطلح: (الأمر بالمعروف) (ف ٤).

أخلاق الداعية وآدابه:

٢٢ - يجب أن تكون أخلاق الداعية مستمدة ومتفقة مع مضمون الدعوة، وهو الذي يتمثل في القرآن الكريم وفي السنة المطهرة، ومناسبة ذلك

---

(١) حديث: «نضر الله امرأ سمع منا شيئا...» أخرجه الترمذي (٥/ ٣٤ - ط الحلبي) من حديث عبدالله بن مسعود، وقال: حسن صحيح.

(٢) حديث: «بلغوا عني ولو آية» أخرجه البخاري (الفتح ٦/ ٤٩٦ - ط السلفية) من حديث عبدالله بن عمرو.

(٣) حديث: «ليبلغ الشاهد الغائب» أخرجه البخاري (الفتح ١/ ١٥٨ - ط السلفية) من حديث أبي بكرة.

(١) إحياء علوم الدين ٢/ ٣٤٢ القاهرة، المكتبة التجارية ١٩٥٥م.

تظهر من ثلاثة أوجه :

الأول : أن في التخلق بأخلاق القرآن والسنة الخير كله ، من الكرم ، والسماحة ، والوفاء ، والصدق ، وغير ذلك من الأخلاق الإسلامية .

الثاني : أن الله عز وجل لما أراد أن يختار محمداً ﷺ لدعوة الإسلام أدبه فأحسن تأديبه ، وجعله على خلق عظيم ، وكان خُلقه القرآن .

الثالث : أن تخلق الداعي بما يدعو إليه واصطباغه بصبغته ، يعينه على الدعوة ، فإنه ييسر على المدعوين قبول الدعوة ، إذ يرون داعيهم ممتثلاً لما يدعو إليه ، وكان النبي ﷺ إذا أمر بأمر بدأ فيه بنفسه وأهله ، كما قال في خطبته في حجة الوداع : «ألا وإن كل دم ومال ومأثرة كانت في الجاهلية تحت قدميّ هاتين إلى يوم القيامة ، وإن أول دم يوضع دم ربيعة بن الحارث بن عبد المطلب ... ثم قال : ألا وإن كل ربا كان في الجاهلية موضوع ، وإن الله قضى أن أول ربا يوضع ربا العباس بن عبد المطلب»[1] .

الرابع : أن موافقة أخلاق الداعي لمضمون دعوته يؤكد مضمون الدعوة ويقويه في نفوس المدعوين والأتباع ، فإنه يكون مثلاً حياً لما يدعو إليه ، ونموذجاً عملياً يحتذيه الأتباع ، ويخرج في أنفسهم عن أن يكون مضمون الدعوة أمراً خيالياً بعيداً عن الواقع . هذا بالإضافة إلى أن المدعو يتعلم من أخلاق الداعية من التفاصيل ما قد لا تبلغه الدعوة القولية .

ولو أن أخلاق الداعي كانت على خلاف ما يدعو إليه كان ذلك تكذيباً ضمنياً لدعوته ، وإضعافاً لها في نفوس المدعوين والأتباع ، والمعصية قبيحة من كل أحد ، ولكنها من الداعية أشد قبحاً وسوءاً . وهو مهلك لدعوته ، قاطع للناس عن القبول منه .

وهذا القول صادق على التمسك بالأخلاق والآداب الإسلامية بصفة عامة .

الخامس : التحلي بمكارم الأخلاق ، ومحاسن الصفات .

على الدعاة أن يزيدوا عنايتهم بأخلاق وصفات معينة خاصة ، لما لها من مساس بالدعوة يؤدي إلى نجاحها ، كالصبر والتواضع ، والرحمة واللين ، والرفق بالمدعوين ، والصدق والوفاء ، والحكمة والفطنة في التعامل مع من يدعوهم ، ومع ظروف الدعوة ، ورعاية الضعفاء والعامة عند التعامل معهم ، والفطنة في التعامل مع أهل النفاق .

---

(١) حديث : «ألا وإن كل دم ومال ومأثرة ...» . أخرجه أحمد (٥/ ٧٣ - ط الميمنية) من حديث أبي حرة الرقاشي عن عمه ، والبزار كما في السيرة النبوية لابن كثير (٤/ ٣٠٤ - نشر دار إحياء التراث العربي) من حديث عبد الله بن عمر ، وفي كل منهما مقال ، لكن يقوي أحدهما الآخر .

وكــذلــك التعاون وعــدم الاختلاف بين الـدعـاة، مع التحـاب والتـواصل والتـناصح فيما بينهم، حتى تؤتي الـدعـوة أكلها. . والحذر من أهل النفاق، ومن يحاولون إفساد ذات البين بين الدعاة.

طرق الدعوة وأساليبها :

٢٣ ـ طرق الدعوة وأساليبها تتنوع بتنوع ظروف الـدعوة، وباختلاف أحوال المدعوين والدعاة، وذلك لأن الـدعوة تتعامل مع النفوس البشرية، والنفوس البشـرية مختلفة في طبائعها وأمزجتها،

وما يؤثر في إنسان قد لا يؤثر في غيره، وما يؤثر في إنسان في حال قد لا يؤثر فيه في حال أخرى، فلابـد للداعيـة من مراعـاة ذلك كله والعمل بحسبـه، ويجمـع ذلـك كله قول الله تبـارك وتعـالى: ﴿ادع إلى سبيـل ربـك بالحكمـة والموعظـة الحسنـة وجادلهم بالتي هي أحسن إن ربك هو أعلم بمن ضل عن سبيله وهو أعلم بالمهتدين﴾[1] والحكيم ـ كما في لسـان العرب ـ المتقن للأمور.

٢٤ ـ ومن الأساليب الرئيسـة في الدعوة التي سار عليها النبيون وعمل بها السلف الصالح، ودلت عليها حجج التجارب:

١ ـ التمســك بالحق والصــواب في وســائـل الدعوة، فلا يسلك وسائل غير مشروعة.

٢ ـ التدرج في الدعوة

٣ ـ التريث والتمهل وعدم استعجال النتائج قبل أوانها.

٤ ـ التصدي للشبهات التي يطرحها أعداء الـدين للتشكيك في الدعوة، أو الدعاة، بإزالة تلك الشبهات.

٥ ـ تنويع أساليب الدعوة باستخدام الترغيب والترهيب.

٦ ـ الاستفادة من الفرص المتاحة لتبليغ الدعوة.

٧ ـ تقديم النفع، وبذل المعروف لكل من يحتاج إليه، كإطعام المسكين، وكسوة العاري، ورعاية اليتيم، ومعونة المضطر

٨ ـ إنشاء المراكز التعليمية لتبليغ الداخل في الإسلام، بالتربية، وتعليم القرآن والسنة، وسيرة السلف الصالح، وتفقيهه في الدين، واستئصال بقايا الشرك والجاهلية، وأخلاقها، وعاداتها، وآرائها، المخالفة لدين الله.

وسائل الدعوة :

٢٥ ـ وسائل الدعوة متنوعة، فكل وسيلة تساعد على تحقيق أهداف الدعوة يمكن اتخاذها لذلك، ما لم تكن محرمة شرعا

والوسائل الرئيسية أنواع منها:

١ ـ التبليغ بالقول، وهو الأصل في وسائل

---

(١) سورة النحل/ ١٢٥.

الدعوة. وقد قال تعالى: ﴿ومن أحسن قولا ممن دعا إلى الله وعمل صالحا وقال إنني من المسلمين﴾ (1) ويكون ذلك بأمور أهمها:

- قراءة القرآن وبيان معانيه، والخطب، والمحاضرات، والندوات، ومجالس التذكير، والدروس في المساجد وخارجها، ويكون بزيارات المدعوين، واستغلال التجمعات.

- وكتب بالقول والكتابة، كما فعل النبي ﷺ في دعوة الملوك، كما استعمله الخلفاء من بعده، ويمكن الإفادة من وسائل الإعلام الحديثة، كالإذاعات المسموعة، والمرئية، والصحافة، والكتب والمنشورات، وغيرها.

٢ - التبليغ عن طريق القدوة الحسنة، والسيرة الحميدة، والأخلاق الفاضلة، والتمسك بآداب الدين.

٣ - الجهاد في سبيل الله، لأنه وسيلة لحماية الدعوة، ومواجهة المتصدين لها.

أما الذين يعيشون مع المسلمين في سلام، فإن الإسلام لا ينهى عن برهم [illegible]، ويمكن أن يتعرفوا على محاسن الإسلام باختلاطهم بالمسلمين.

ثانيا:

الدعوة (إلى الطعام)

٢٦ - الدَّعوة والدُّعوة والمَدعاة والمَدعاة: ما دعوت إليه من طعام وشراب، وخص اللحياني بالدعوة الوليمة، (1) إلا أن المشهور أن الدعوة أعم من الوليمة. وبمعنى الدعوة المأدبة.

قال ابن منظور: المأدبة كل طعام صنع لدعوة أو عرس. (2)

ويطلق الفقهاء على أنواع الدعوات إلى الطعام أسماء خاصة بحسب المناسبة، عادة أول باب الوليمة. قال النووي: إنها عشرة:

١ - الوليمة: وهي طعام العرس، وقيل: هي اسم لكل دعوة طعام لسرور حادث، فتكون على هذا النوع مرادفة للدعوة، إلا أن استعمالها في طعام العرس أكثر. (3) وقد جرت العادة بجعل الوليمة قبل الدخول بيسير، والأعراف تختلف في ذلك. (4)

٢ - النقيعة: وهي طعام الإملاك على الزوجة، وسميت بذلك من قولهم: فرس منقع أي يتقدم غيره، لأن طعام الإملاك يتقدم الدخول.

٣ - الإعذار والعذيرة والعذرة والعذير: وهي الدعوة إلى طعام يصنع عند ختان الولد.

---

(1) سورة فصلت / ٣٣

(1) لسان العرب.

(2) لسان العرب.

(3) حاشية ابن عابدين ٥/ ٢٢١، كشاف القناع ٥/ ١٦١، الدسوقي ٢/ ٣٣٧

(4) كشاف القناع ٥/ ١٦٥، والقليوبي على شرح المنهاج ٣/ ٢٩٦

٤ ـ الخُرس أو الخُرسة : وهو الإطعام عند الولادة، لخلاص الوالدة وسلامتها من الطلق .

٥ ـ العقيقة: الذبح للمولود يوم سابعه .

٦ ـ الوكيرة: وهي الطعام الذي يصنع بمناسبة البناء، قال النووي : أي المسكن المتجدد، سميت بذلك من الوكر، وهو المأوى والمستقر.

٧ ـ النقيعة : وهي ما يصنع من الطعام للغائب إذا قدم من سفر طويلا كان أو قصيرا، وفي كتب الشافعية استحبابها للعائد من الحج .[1]

٨ ـ التحفة : وهي الطعام الذي يصنعه لغيره القادم الزائر، وإن لم يكن قادما من سفر.

٩ ـ الحذاق : وهو ما يصنع من الطعام عند حذاق الصبي، وهو يوم ختمه للقرآن .

١٠ ـ الوضيمة : وهي طعام المأتم . وقال القليوبي : هي للمصيبة.

١١ ـ والشندخ: وهو المأكول من ختمة القارىء .

١٢ ـ والعتيرة: وهي الذبيحة تذبح أول يوم من رجب .[2]

وقد يجري العرف بدعوات أخرى، غير مسماة، وقد ذكر منها صاحب كشاف القناع نقلا عن كتب الشافعية الدعوة للإخاء .

وفي المذاهب الفقهية بعض الاختلاف في أسماء بعض هذه الدعوات وينظر ذلك في مصطلحات : (وليمة ، وعقيقة ، وختان ، وغيرها) .

أما ما تختص به دعوة العرس والعقيقة وغيرهما من الأحكام فيذكر في مصطلحه ، ونذكر هنا أحكام الدعوات وما يتعلق بالدعوة بصفة عامة .

مسقطات وجوب إجابة الدعوة :

٢٧ ـ يسقط وجوب إجابة الدعوة بأمور منها :

١ ـ أن يكون الداعي ظالما أو فاسقا، أو مبتدعا .

٢ ـ أن يكون مال الداعي يختلط فيه الحلال بالحرام .

٣ ـ إذا كان الداعي امرأة ولم تؤمن الخلوة.

٤ ـ إذا كان الداعي غير مسلم ، فيجوز إجابته إذا كان يرجى إسلامه، أو كان جارا ، أو كانت بينه وبين الداعي قرابة .

٥ ـ أن لا يكون الداعي قد عيّن بدعوته من يريد حضوره، وإنما عمم الدعوة.

٦ ـ أن تكون الدعوة بلفظ غير صريح ، كقوله : إن شئت فاحضر.

٧ ـ أن يختص بالدعوة الأغنياء ويترك الفقراء .

٨ ـ أن يعلم أنه سيكون في المدعوين من يتأذى به المدعو، لأمر دنيوي أو ديني .

---

(١) القليوبي على شرح المنهاج ٣/ ٢٩٥

(٢) حاشية الدسوقي ٢/ ٣٣٧، والقليوبي ٣/ ٢٩٤ وغيرهم، كشاف القناع ٥/ ١٦٥ وما بعدها .

٩ - أن يكون في الدعوة منكر يعلم به المدعو قبل حضوره.

١٠ - تكرر الدعوة ثلاثة أيام فأكثر.

١١ - أن يكون الداعي مدينا للمدعو.

١٢ - أن يكون هناك داعيان فأكثر، ولا يمكن إجابة الدعوات كلها فيجيب الأول.

كما تسقط إجابة الداعي لأعذار خاصة بالمدعو، كأن يكون مريضا، أو مشغولا بحفظ نفسه، أو أن يكون في المكان كثرة زحام. أو كون المدعو قاضيا والداعي خصما، أو لا يقيم الدعوة لولا القاضي - مع تفصيل في المذاهب بالنسبة إلى القاضي - ينظر في أدب القاضي وفي وليمة.

كما تسقط إجابة الدعوة بإعفاء الداعي، كسائر حقوق الآدميين.(١)

وفي كل هذا خلاف وتفصيل يذكر في مصطلح: (وليمة، خطبة، نكاح، عقيقة، ضيافة).

٢٨ - من الآداب التي يراعيها الداعي في دعوته:

١ - أن يعين من يدعوه.

٢ - وأن يخص بدعوته أهل الصلاح والتقوى.

٣ - وأن لا يسرف فيما يقدمه ولا يقتر.

٤ - وأن لا يلح بالفطر على من كان صائما.

٥ - وأن ينبسط مع المدعوين في الحديث، ويشاركهم في الطعام.

٦ - وأن لا يمتدح طعامه.

٧ - وأن يكرم أفضل المدعوين في التقديم والتوديع.

ومن الآداب التي يراعيها المدعو:

١ - أن ينوي بإجابة الدعوة تكريم الداعي.

٢ - وأن لا يدخل بيت الداعي إلا بإذنه.

٣ - وأن لا يتصدر المجلس، وإذا عين له صاحب الدعوة مكانا معينا فلا يتعداه.

٤ - وأن لا يمتنع من الطعام إلا إذا كان صائما صوما واجبا.

٥ - وأن لا يسرع إلى تناول الطعام.

٦ - وأن يراعي الآداب العامة في الأكل.

٧ - وأن يؤثر على نفسه المحتاج من الحاضرين فيترك له ما يلائمه.

٨ - أن لا يعجل برفع يده من الطعام حتى يفرغ القوم.

٩ - أن يدعو لصاحب الطعام بعد الفراغ.

١٠ - وأن لا يطيل الجلوس بعد الطعام.

التطفل على الدعوات:

٢٩ - لا يجوز أن يتطفل إلى الولائم وغيرها من

---

(١) ابن عابدين ٥/ ٢٢١ - ٢٢٤، الفتاوى الهندية ٥/ ٣٤٢ - ٣٤٣، كشاف القناع ٥/ ١٦٦، ١٦٧ - ١٦٨، والمغني ٥/ ١١، ٧/ ٢ - ٩/ ٧٩ - ٨٠، وحاشية الدسوقي ٢/ ٣٣٧، ٣٣٨، والآداب الشرعية ١/ ٣٣٣، والقليوبي ٣/ ٢٩٥ - ٢٩٦.

الدعوات من لم يدع إليها، فإن في هذا دناءة ومذلة، ولا يليق ذلك بالمؤمن، وفي الحديث من رواية ابن عمر مرفوعا «من دخل على غير دعوة دخل سارقاً وخرج مغيراً» الحديث.[1] ومن يفعل ذلك يسمى الطفيلي.

وعلى هذا فالتطفل حرام عند جمهور الفقهاء، ما لم يكن غير المدعو تابعا لمدعو ذي قدر يعلم أنه لا يحضر وحده عادة، فلا يحرم، لأنه مدعو حكما بدعوة متبوعه، وكره أحمد أن يتعمد الرجل القوم حين وضع الطعام فيفجأهم، وإن فجأهم بلا تعمد أكل نصا، وأطلق في المستوعب وغيره الكراهة إلا من عادته السماحة.[2]

ولو أن أحدا أو جماعة دُعوا فتبعهم من لم يكن مدعوًّا لم يكن لهم أن يمنعوه ولا أن يأذنوا له، ويلزمهم إعلام صاحب الطعام، لما روى أبو مسعود الأنصاري: (أن رجلا من الأنصار دعا النبي ﷺ خامس خمسة، فلما جاءوا اتبعهم رجل لم يدع، فلما بلغ الباب قال النبي ﷺ: «إن هذا اتبعنا، فإن شئت أن تأذن له، وإن شئت رجع». قال: بل آذن له يارسول الله).[3]

الدعوة بمعنى النداء أو طلب الحضور:

٣٠ ـ وهذا في اللغة كثير بل هو الأصل في الدعوة بالمعاني الأخرى، ومنه قول الله تعالى: ﴿ثم إذا دعاكم دعوة من الأرض إذا أنتم تخرجون﴾[1] وقوله: ﴿يوم يدعوكم فتستجيبون بحمده﴾[2] أي يناديكم لتخرجوا من قبوركم فتقومون. يقال دعوته دعوة ودعاء: أي ناديته. ويكون من الأعلى للأدنى كما في الآيتين السابقتين، ومن الأدنى للأعلى، ومن المساوي للمساوي، بخلاف الدعاء الذي فيه معنى العبادة، فلا يكون إلا من الأدنى للأعلى.

الحكم التكليفي للدعوة:

٣١ ـ قال الحنفية: وليمة العرس سنة وفيها مثوبة عظيمة.

وقال المالكية: وليمة العرس مندوبة، وقيل واجبة.

وقال الشافعية: وليمة العرس وغيره سنة لثبوتها عنه ﷺ قولا وفعلا.

وقال الحنابلة: الأصل في جميع الدعوات المسماة وغير المسماة أنها جائزة، أي مباحة، لأن

---

(1) حديث: «من دخل على غير دعوة دخل سارقا وخرج مغيرا». أخرجه أبو داود (4/ 125 ـ تحقيق عزت عبيد دعاس) وأعله أبو داود بجهالة أحد رواته.

(2) كشاف القناع 5/ 175، والمغني 5/ 17، والشرح الكبير للدردير 2/ 338، والآداب الشرعية 3/ 187

(3) حديث ابن مسعود الأنصاري. أخرجه البخاري (الفتح ـ 9/ 559 ـ ط السلفية)، ومسلم (3/ 1608 ـ ط الحلبي) بألفاظ متقاربة

(1) سورة الروم/ 25

(2) سورة الإسراء/ 52

الأصل في الأشياء الإباحة. ويستثنى من ذلك ثلاثة أنواع وهي: وليمة العرس فإنها سنة مؤكدة، وقيل واجبة، والعقيقة فإنها سنة، والمأتم فإنه مكروه وهو اجتماع النساء في الموت.

وفي المغني خلاف ذلك، قال: حكم الدعوة للختان وسائر الدعوات غير الوليمة أنها مستحبة.[1]

وانظر للتفصيل والخلاف: (وليمة، عقيقة، جنازة، ختان).

تكرار الدعوة:

٣١م - قال الحنفية لا بأس بأن يدعو للوليمة ثلاثة أيام، ثم ينقطع العرس بعد ذلك والوليمة. ويكره عند المالكية تكرار الدعوة للسبب الواحد ولو وليمة، قالوا: إلا أن يكون المدعوّ ثانيا غير المدعو أولا.

وإن كان تكرارها لضيق منزل، أو لأنه أراد أن يدعو جنسا بعد جنس، فلا كراهة، قاله القليوبي من الشافعية.

وعند الحنابلة لا تكون مكروهة إلا إذا كررها لليوم الثالث أو ما بعده[2] للحديث: «الوليمة أول يوم حق، والثاني معروف، والثالث رياء وسمعة».[1]

حكم إجابة الدعوة:

٣٢ - ذهب جمهور الفقهاء إلى أن إجابة الدعوة في الأصل واجبة إن كانت إلى وليمة عرس (ر: وليمة) وأما ما عداها فقد اختلف في الإجابة إليها.

فقال الحنفية والشافعية والحنابلة: ليست الإجابة إليها واجبة بل هي مستحبة إن لم يكن عذر أو مانع على ما يأتي. وسواء كانت لسبب كبناء أو ولادة أو ختان أو غير ذلك، ما لم تكن من الداعي مكروهة كدعوة المأتم، وذلك لأن في إجابة الداعي تطييب نفسه، وجبر قلبه.[2]

ومذهب المالكية على ما عند ابن رشد: أن الإجابة لغير العرس والعقيقة مباحة وقيل هي مكروهة، والمأدبة إذا فعلت لإيناس الجار ومودته مندوبة.[3]

وفي قول للشافعية: إن الإجابة واجبة على المدعو في وليمة العرس وغيرها، أخذا

---

(١) الفتاوى الهندية ٥/ ٣٤٣، الخرشي ٣/ ٣٠١، وحاشية الشرقاوي على التحرير ٢/ ٣٧٥، وكشاف القناع ٥/ ١٦٩ - ١٦٨، والمغني ٧/ ١١ - ١٢.

(٢) الشرح الكبير على مختصر خليل ٢/ ٣٣٧، وكشاف القناع ٥/ ١٦٨، والقليوبي ٣/ ٢٩٤ - ٢٩٥.

(١) حديث: «الوليمة أول يوم حق، والثاني معروف، والثالث رياء وسمعة» أخرجه أبو داود (٤/ ١٢٦ - ١٢٧ تحقيق عزت عبيد دعاس) وذكر إسناده البخاري في التاريخ الكبير (٣/ ٤٢٥ - ط دائرة المعارف العثمانية) وقال: لم يصح إسناده.

(٢) المغني ٧/ ١١، ١٢، والفتاوى الهندية ٥/ ٣٤٣

(٣) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٢/ ٣٣٧

بالعمومات، ومنها ما رواه ابن عمر رضي الله عنهما مرفوعا: «إذا دعا أحدكم أخاه فليجب، عرسا كان أو نحوه»[1] وقوله: «حق المسلم على المسلم خمس: رد السلام، وعيادة المريض، واتباع الجنائز، وإجابة الدعوة، وتشميت العاطس»[2] فجعل إجابة الدعوة حقا للمسلم، والحق هو الواجب، ولم يخص عرسا من غيره.[3]

إجابة دعوة الفقراء والإجابة على الطعام القليل:

٣٣ - لا ينبغي أن يكون فقر الداعي، أو خفة شأنه، أو قلة الطعام مانعا من إجابة الدعوة، فإن ذلك من الكبر. والدعوة مشروعة لإحياء المودة بين المسلمين ومزيد التآلف. وفي حديث البخاري أن النبي ﷺ قال: «لو دعيت إلى كراع لأجبت ولو أهدي إلي كراع لقبلت».[4]

والكراع من الشاة ونحوها: مستدق الساق. قال ابن حجر: في الحديث دليل على حسن خلقه صلى الله عليه وسلم وتواضعه وجبره لقلوب الناس، وعلى قبول الهدية وإجابة من يدعو الرجل إلى منزله ولو علم أن الذي يدعوه إليه شيء قليل، ثم قال: قال المهلب: لا يبعث على الدعوة إلى الطعام إلا صدق المودة وسرور الداعي بأكل المدعو من طعامه، والتحبب إليه بالمؤاكلة، وتوكيد الذمام معه بها، فلذلك حض ﷺ على الإجابة ولو نزر المدعو إليه، وفي الحديث: والإجابة لما قل أو أكثر. ا. هـ.[1]

وفي صحيح مسلم أن النبي ﷺ قال: «إذا دعيتم إلى كراع فأجيبوا».[2]

وفي الحديث أيضا عند ابن ماجه «أن النبي ﷺ كان يجيب دعوة المملوك».[3]

الآداب الشرعية للدعوة بمعنى المناداة:

٣٤ - من أدب الدعوة من المسلم لأخيه المسلم أن يناديه بالاسم أو الوصف الذي يحبه.

---

(١) حديث: «إذا دعا أحدكم أخاه فليجب، عرسا كان أو نحوه» أخرجه مسلم (٢ / ١٠٥٣ - ط. الحلبي).

(٢) حديث: «حق المسلم على المسلم خمس: رد السلام وعيادة المريض...» أخرجه البخاري (الفتح ٣ / ١١٢ - ط السلفية) ومسلم (٤ / ١٧٠٤ ط الحلبي) من حديث أبي هريرة، واللفظ للبخاري.

(٣) المغني ٧ / ١١، وشرح المنهاج مع حاشية القليوبي ٣ / ٢٩٥.

(٤) حديث: «لو دعيت إلى كراع لأجبت، ولو أهدي إلي كراع لقبلت» أخرجه البخاري (الفتح ٩ / ٢٤٥ - السلفية) من حديث أبي هريرة.

---

(١) فتح الباري ٩ / ٢٤٦.

(٢) حديث: «إذا دعيتم إلى كراع فأجيبوا» أخرجه مسلم (٢ / ١٠٥٤ - ط الحلبي) من حديث عبد الله بن عمر.

(٣) حديث: «كان يجيب دعوة المملوك» أخرجه ابن ماجه (٢ / ٧٧٠ - ط الحلبي) من حديث أنس بن مالك، وفي إسناده مسلم بن كيسان الملائي، وهو ضعيف، كما في الميزان للذهبي (٤ / ١٠٦ - ١٠٧ - ط الحلبي).

قال ابن عقيل: «لا تدعون أحداً إلا بأحب أسمائه إليه»[1] ومن ذلك استعمال الكنى في النداء كقولك: يا أبا فلان ويا أم فلان، وذلك عند العرب نوع من التكريم، وكان النبي ﷺ يكني أصحابه، وقد ورد أنه كنّى بعض الصغار منهم، كما في حديث أنس أنه ﷺ قال لأخي أنس وكان صغيراً «يا أبا عمير ما فعل النغير». [2]

٣٥ - ب - ومنها أن لا يكون النداء بالألقاب المكروهة والأسماء التي فيها تحقير أو ينفر منها صاحبها، لقول الله تبارك وتعالى: ﴿ولا تنابزوا بالألقاب﴾[3] وفي سنن الترمذي من حديث أبي جبيرة بن الضحاك قال: كان الرجل منا يكون له الاسمان والثلاثة فيدعى بها فعسى أن يكره فنزلت ﴿ولا تنابزوا بالألقاب﴾. ا. هـ.

وهذا ما لم يكن النداء بالوصف المكروه سبيل التأديب والتعزير لمن يستحقه. [4] أو على سبيل الانتصار من الظالم بسبب ظلمه، وذلك لقول الله تعالى: ﴿لا يحب الله الجهر بالسوء من القول إلا من ظلم﴾. [5] فيقول له - ياظالم يا خائن، إن كان قد وقع منه الظلم أو الخيانة.

ولا يحل للمسلم أن يدعو أخاه المسلم بالكفر بأن يقول له: ياكافر، أو يايهودي، أو يانصراني. وذلك لقول النبي ﷺ: «من دعا رجلا بالكفر أو قال ياعدو الله وليس كذلك إلا حار عليه»[1]

وفي حديث آخر: «أيما امرىء قال لأخيه: ياكافر. فقد باء بها أحدهما، إن كان كما قال وإلا رجعت عليه». [2]

٣٦ - جـ - ومنها أن يراعي الداعي ما حض عليه الشرع في المخاطبات من توقير من يستحق التوقير والتبجيل لعلمه أو دينه أو عقله. وقد روى عبدالرزاق عن معمر عن ابن طاووس عن أبيه قال: من السنة أن يوقر أربعة: العالم، وذو الشيبة والسلطان والوالد، ومن الجفاء أن يدعو الرجل والده باسمه. [3]

٣٧ - د - ومنها أن لا يستعمل في النداء الألفاظ الدالة على إهانة المخاطب لنفسه أمام المخاطب، فإن المسلم كريم بكرامة الإيمان، عزيز بعظمة الله في صدره، وفي الحديث: «لا ينبغي للمؤمن أن يذل نفسه». [4]

---

(1) الآداب الشرعية لابن مفلح ٣/ ٥٩٥

(2) حديث: «ياأبا عمير ما فعل النغير». أخرجه البخاري (صحيح ١٠/ ٥٨٦ - ط السلفية) من حديث أنس بن مالك

(3) سورة الحجرات/ ١١

(4) المغني ٩/ ٤٣

(5) سورة النساء/ ١٤٨

---

(1) حديث: «من دعا رجلا بالكفر أو قال. ياعدو الله، وليس كذلك إلا حار عليه». أخرجه مسلم (١/ ٨٠ - ط الحلبي) من حديث أبي ذر.

(2) حديث: «أيما امرىء قال لأخيه ياكافر...» أخرجه مسلم (١/ ٧٩ - ط الحلبي) من حديث عبدالله بن عمر.

(3) الآداب الشرعية لابن مفلح ١/ ٤٥٦

(4) حديث. «لا ينبغي للمؤمن أن يذل نفسه». أخرجه

الحكم التكليفي للدعوة والإجابة إليها :

٣٨ ـ تأخذ الدعوة حكم ما تدعو إليه غالبا، فقد تكون واجبة، أو سنة، أو مستحبة، أو مكروهة، أو محرمة، فتكون تلبية الدعوة واجبة في أحوال منها :

٣٩ ـ أ ـ أن يدعى لأداء واجب، فإن كان واجبا عينيا كإقامة الصلاة فلا يصح تأخيره وكانت الإجابة إليه متعينة، وإن كان واجبا على الكفاية كانت الإجابة إليه واجبة على الكفاية، كإجابة دعوة الملهوف، والمضطر المشرف على الهلاك، والمستغيث (ر : استغاثة، اضطرار).

٤٠ ـ ب ـ أن يدعى إلى ترك المعصية فتجب الاستجابة للداعي، لأن الفعل واجب الترك أصلا، ويتأكد الوجوب بالدعوة إليه أيضا، وقد قال الله تعالى في شأن المنافقين ﴿ومن الناس من يعجبك قوله في الحياة الدنيا﴾ إلى قوله : ﴿وإذا قيل له اتق الله أخذته العزة بالإثم فحسبه جهنم ولبئس المهاد﴾[١] وفي مقابل ذلك قال تعالى في شأن المؤمنين : ﴿إنما كان قول المؤمنين إذا دعوا إلى الله ورسوله ليحكم بينهم أن يقولوا سمعنا وأطعنا وأولئك هم المفلحون﴾[٢] وقال : ﴿وما لكم لا تؤمنون بالله والرسول يدعوكم لتؤمنوا بربكم﴾[١]

٤١ ـ ج ـ وتكون الاستجابة أيضا واجبة على من دعي إلى قاض يحكم طبقا للشريعة في حق عليه . فعليه الاستجابة، ويحرم الامتناع إن كان عليه ما يتوقف ثبوته على حضوره، وإلا وجب الوفاء أو الحضور وإن لم يثبت الحق . ولو دعاه القاضي نفسه لزم الحضور أيضا،[٢] وذلك لقول الله تبارك وتعالى في وصف المنافقين : ﴿وإذا دعوا إلى الله ورسوله ليحكم بينهم إذا فريق منهم معرضون . وإن يكن لهم الحق يأتوا إليه مذعنين﴾[٣] وقوله تعالى : ﴿إنما كان قول المؤمنين إذا دعوا إلى الله ورسوله ليحكم بينهم أن يقولوا سمعنا وأطعنا وأولئك هم المفلحون﴾[٤] وفي المسألة تفصيلات تنظر في مصطلح : (دعوى، وقضاء).

٤٢ ـ د ـ وتكون الإجابة واجبة أيضا على من دعي لتحمل الشهادة، أو دعي لأداء شهادة تحملها، لقول الله تعالى : ﴿ولا يأب الشهداء إذا ما دعوا﴾[٥] قال المحلي : تحمل الشهادة فرض كفاية في النكاح ـ أي في حق من هم أهل

---

* الترمذي (٤/ ٥٠٣ ـ ط الحلبي) من حديث حذيفة، وحسنه

(١) سورة البقرة ٢٠٤ ـ ٢٠٦

(٢) سورة النور/ ٥١

(١) سورة الحديد/ ٨

(٢) الفروق للقرافي ٤/ ٧٨، الفروق ص ٢٣٥، شرح المنهاج وحاشية القليوبي ٤/ ٣١٣

(٣) سورة النور/ ٤٨ ـ ٤٩

(٤) سورة النور/ ٥١

(٥) سورة البقرة/ ٢٨٢

لثبوته وإن زادوا على النصاب ـ لتوقف الانعقاد عليه، فيلزمه الاستجابة إن كان حاضرا، فإن كان غائبا ودعي للتحمل فالأصح عدم وجوب الإجابة إلا أن يكون المتحمل مريضا، أو محبوسا، أو امرأة مخدرة، أو قاضيا يشهده على أمر ثبت عنده.

وأما الدعوة للأداء، فإن لم يكن في القضية إلا اثنان لزمهما الأداء لما دون مسافة القصر، فإن كانوا أكثر فالوجوب على الكفاية [١].

وفي المسألة خلاف وتفصيل ينظر في: (شهادة).

٤٣ ـ هـ ـ أن يكون الداعي واجب الطاعة، ومن ذلك:

أ ـ الاستجابة للنبي ﷺ. فقد كان واجبا على كل صحابي سمع النبي ﷺ يدعوه أن يستجيب له، لقوله تعالى: ﴿لا تجعلوا دعاء الرسول بينكم كدعاء بعضكم بعضا﴾[٢] على أحد الأقوال في تفسير الآية.

قال الرازي وهو اختيار القفال والمبرد، قال: أي ولا تجعلوا أمره إياكم ودعاءه لكم كما يكون من بعضكم لبعض، إذ كان أمره فرضا لازما.[٣]

هذا وتجب الاستجابة لدعاء النبي ﷺ سواء أكان المدعو في غير صلاة، أو كان في صلاة فرض، أو صلاة نفل. وفي بطلان الصلاة بالاستجابة له بالقول خلاف، وذلك لما روى أبو سعيد بن المعلى، قال: «كنت أصلي فمر بي النبي ﷺ، فدعاني فلم آته حتى صليت، ثم أتيته، فقال: ما منعك أن تأتيني؟ ألم يقل الله: ﴿يا أيها الذين آمنوا استجيبوا لله وللرسول إذا دعاكم لما يحييكم﴾[١] ثم قال: لأعلمنك أعظم سورة من القرآن قبل أن تخرج من المسجد... الحديث»[٢]

٤٤ ـ ب ـ أن يكون الداعي هو الأب أو الأم، إذ من العقوق لهما أن يسمعهما يدعوانه فلا يستجيب لهما، فإن دعواه جميعا أجاب الأم أولا، ويدل لأصل المسألة في الوجوب قصة جريج العابد، وفيه: «أنه كان يتعبد في صومعة فجاءت أمه، فرفعت رأسها تدعوه، فقالت: يا جريج أنا أمك كلمني. فصادفته يصلي، فقال: اللهم أمي وصلاتي، فاختار صلاته» الحديث، وفيه أنها دعت عليه فاستجاب الله دعاءها.[٣]

---

(١) البدائع ٦/ ٢٢٤، والشرح الصغير ٨/ ٨٧، وشرح المنهاج ٤/ ٣٢٩، ٣٣٠.

(٢) سورة النور/ ٦٣

(٣) تفسير فخر الدين الرازي ٢٤/ ٣٩ ـ ٤٠.

(١) سورة الأنفال/ ٢٤

(٢) حديث أبي سعيد بن المعلى أخرجه البخاري (الفتح ٨/ ٣٠٧ ـ ط السلفية)

(٣) قصة جريج العابد. أخرجها مسلم (٤/ ١٩٧٦ ـ ١٩٧٨ ط الحلبي) من حديث أبي هريرة.

قال الحنفية كما في الدر ورد المحتار: لو دعاه أحد أبويه في الفرض لا يجيبه إلا أن يستغيث به ـ واستغاثة غير الأبوين كذلك ـ وكان له قدرة على إغاثته وتخليصه، فيجب إغاثته وقطع الصلاة، وفي النفل إن علم الذي ناداه من أب أو أم أنه في الصلاة فدعاه لا يجيبه، لأن نداءه له مع علمه أنه في صلاة معصية، ولا طاعة لمخلوق في معصية الخالق، فإن لم يعلم أنه في صلاة فإنه يجيبه، لما في قصة جريج العابد.[1] وقد تقدمت.

وعند المالكية أن إجابة الوالد في النافلة أفضل من التمادي فيها، وحكى القاضي أبو الوليد (ابن رشد) أن ذلك يختص بالأم دون الأب وقال به من السلف مكحول.[2]

وقال النووي في شأن حديث قصة جريج: قال العلماء: في هذا دليل على أنه كان الصواب في حقه إجابتها، لأنه كان في صلاة نفل، والاستمرار فيها تطوع لا واجب، وإجابة الأم وبرها واجب، وعقوقها حرام.[3]

وقال ابن حجر: جواز قطع الصلاة مطلقا لإجابة نداء الأم نفلا كانت أو فرضا وجه في مذهب الشافعي، حكاه الروياني، والأصح عند الشافعية أن الصلاة إن كانت نفلا وعلم تأذي الوالد بالترك وجبت الإجابة وإلا فلا، وإن كانت فرضا وضاق الوقت لم تجب الإجابة، وإن لم يضق وجب عند إمام الحرمين، وخالفه غيره لأنها تلزم بالشروع.

ج ـ أن يكون الداعي هو الزوج إذا دعا امرأته إلى فراشه، لما في الحديث: «إذا دعا الرجل امرأته إلى فراشه فأبت أن تجيء لعنتها الملائكة حتى تصبح».[4]

٦ ـ أن يكون الداعي هو إمام المسلمين أو من ينوب عنه في الولاية، كأمير الحج، وأمير الجيش، والوالي ونحوهم، فتجب الاستجابة لهم بمقتضى الولاية، ما لم تكن دعوتهم إلى محرم.

---

(1) رد المحتار حاشية ابن عابدين على الدر ١/ ٤٢٨

(2) فتح الباري ٦/ ٤٨٢ كتاب ٦٠، أحاديث الأنبياء باب ٤٨ قول الله (واذكر في الكتاب مريم)

(3) شرح النووي على صحيح مسلم ١٦/ ١٠٥ الطبعة المصرية

(4) حديث: «إذا دعا الرجل امرأته إلى فراشه فأبت أن تجيء لعنتها الملائكة حتى تصبح». أخرجه البخاري (الفتح ٩/ ٢٩٤ ـ السلفية)، ومسلم (٢/ ١٠٦٠ ـ ط الحلبي) من حديث أبي هريرة.

تراجم الفقهاء

الواردة أسماؤهم في الجزء العشرين

أ

أبان بن عثمان :
تقدمت ترجمته في ج٣ ص٣٣٩

ابن أبي ليلى : هو محمد بن عبدالرحمن :
تقدمت ترجمته في ج١ ص٣٢٥

ابن أبي موسى : هو محمد بن أحمد :
تقدمت ترجمته في ج١ ص٣٢٥

ابن أبي هريرة : هو الحسين بن الحسين :
تقدمت ترجمته في ج١١ ص٣٦٥

ابن الباجي (٢٩١ ـ ٣٧٨ هـ)
هو عبدالله بن محمد ، أبو محمد ، المعروف بابن الباجي ، فقيه مالكي . سمع من ابن لبابة ، وأسلم بن عبدالعزيز ، وأحمد بن خالد ، وقاسم بن أصبغ وغيرهم . وسمع منه ابنه أحمد ، وحفيده محمد بن أحمد ، وابن الفرضي ، والأصيلي وغيرهم .
[شجرة النور الزكية ص١٠٠]

ابن تميم : هو محمد بن تميم :
تقدمت ترجمته في ج١١ ص٣٦٦

ابن تيمية (تقي الدين) : هو أحمد بن عبدالحليم :
تقدمت ترجمته في ج١ ص٣٢٦

ابن جريج . هو عبدالملك بن عبدالعزيز :
تقدمت ترجمته في ج١ ص٣٢٦

ابن جزي : هو محمد بن أحمد :
تقدمت ترجمته في ج١ ص٣٢٧

ابن حامد : هو الحسن بن حامد :
تقدمت ترجمته في ج٢ ص٣٩٨

ابن حبيب : هو عبدالملك بن حبيب :
تقدمت ترجمته في ج١ ص٣٩٩

ابن حجر العسقلاني : هو أحمد بن علي :
تقدمت ترجمته في ج٢ ص٣٩٩

ابن حجر المكي : هو أحمد بن حجر الهيتمي :
تقدمت ترجمته في ج١ ص٣٢٧

ابن رجب : هو عبدالرحمن بن أحمد :
تقدمت ترجمته في ج١ ص٣٢٨

ابن رشد: هو محمد بن أحمد (الجد):
تقدمت ترجمته في ج١ ص٣٢٨

ابن رشد: هو محمد بن أحمد (الحفيد).
تقدمت ترجمته في ج١ ص٣٢٨

ابن الرورجار (؟ - ؟)

هو الحسن بن ثابت، أبو الحسن الأحول، الثعلبي الكوفي، المعروف بابن الرورجار. تابعي. روى عن إسماعيل بن أبي خالد، وعبدالله بن الوليد بن عبدالله المزني وهشام بن عروة وغيرهم. وعنه ابن المبارك وإبراهيم بن موسى الرازي، ويحيى بن آدم وغيرهم. قال علي بن الجنيد: سمعت ابن نمير يقول: هو ثقة.

[تهذيب التهذيب ٢/٢٥٨]

ابن الزبير: هو عبدالله بن الزبير:
تقدمت ترجمته في ج١ ص٣٥٩

ابن دقيق: هو أحمد بن محمد:
تقدمت ترجمته في ج٣ ص٣٤٢

ابن سيرين: هو محمد بن سيرين:
تقدمت ترجمته في ج١ ص٣٢٩

ابن شاش: هو عبدالله بن محمد:
تقدمت ترجمته في ج١ ص٣٢٩

ابن شبرمة: هو عبدالله بن شبرمة:
تقدمت ترجمته في ج٢ ص٤٠٠

ابن شميل: ر: النضر بن شميل

ابن شهاب هو محمد بن مسلم:
تقدمت ترجمته في ج١ ص٣٥٣

ابن عابدين: محمد أمين بن عمر:
تقدمت ترجمته في ج١ ص٣٣٠

ابن عباس: هو عبدالله بن عباس
تقدمت ترجمته في ج١ ص٣٣٠

ابن عبد البر: هو يوسف بن عبدالله:
تقدمت ترجمته في ج٢ ص٤٠٠

ابن عبد السلام: هو محمد بن عبدالسلام.
تقدمت ترجمته في ج١ ص٣٣١

ابن عتاب (٤٣٣ - ٥٢٠ هـ)

هو عبد الرحمن بن محمد بن عتاب بن محسن، أبو محمد، الأندلسي القرطبي. فقيه

مالكي . شارك بالقراءات والتفسير واللغة . تفقه عند أبيه . قال ابن فرحون : كان عالمًا بالقراءات السبع ، وكثير من تفسير القرآن وغريبه ومعانيه . وكان مجدًا فيما يستفتى فيه .

من تصانيفه : «شفاء الصدور» في الزهد والرقائق .

[الديباج ص١٥٠ ، والأعلام ٤/١٠٣ ، ومعجم المؤلفين ٥/١٨٤]

ابن عرفة : هو محمد بن محمد بن عرفة :

تقدمت ترجمته في ج١ ص٣٣١

ابن عقيل : هو علي بن عقيل :

تقدمت ترجمته في ج٢ ص٤٠١

ابن عمر : هو عبدالله بن عمر :

تقدمت ترجمته في ج١ ص٣٣١

ابن غازي : هو أحمد بن محمد :

تقدمت ترجمته في ج ١٠ ص٣١٣

ابن فرحون : هو إبراهيم بن علي :

تقدمت ترجمته في ج١ ص٣٣٢

ابن قاسم العبادي : هو أحمد بن قاسم :

تقدمت ترجمته في ج١ ص٣٣٢

ابن القاسم : هو محمد بن قاسم :

تقدمت ترجمته في ج١ ص٣٣٢

ابن قاضي سماوة : هو محمود بن إسرائيل :

تقدمت ترجمته في ج١١ ص٣٦٨

ابن قدامة : هو عبدالله بن أحمد :

تقدمت ترجمته في ج١ ص٣٣٣

ابن قيم الجوزية : هو محمد بن أبي بكر :

تقدمت ترجمته في ج١ ص٣٣٣

ابن كنانة : هو عثمان بن عيسى :

تقدمت ترجمته في ج١١ ص٣٦٩

ابن الماجشون : هو عبد الملك بن عبدالعزيز :

تقدمت ترجمته في ج١ ص٣٣٣

ابن ماجه : هو محمد بن يزيد :

تقدمت ترجمته في ج١ ص٣٣٤

ابن مسعود : هو عبد الله بن مسعود :

تقدمت ترجمته في ج١ ص٣٦٠

ابن المسيب : هو سعيد بن المسيب :

تقدمت ترجمته في ج١ ص٣٥٦

ابن مفلح: هو محمد بن مفلح:
تقدمت ترجمته في ج٤ ص٣٢١

ابن المنذر: هو محمد بن إبراهيم:
تقدمت ترجمته في ج١ ص٣٣٤

ابن المواز: هو محمد بن إبراهيم:
تقدمت ترجمته في ج٢ ص٤٠٢

ابن ناجي: هو قاسم بن عيسى:
تقدمت ترجمته في ج٦ ص٣٤١

ابن نجيم: هو زين الدين بن إبراهيم:
تقدمت ترجمته في ج١ ص٣٣٤

ابن نجيم: هو عمر بن إبراهيم:
تقدمت ترجمته في ج١ ص٣٣٤

ابن الهمام: هو محمد بن عبدالواحد:
تقدمت ترجمته في ج١ ص٣٣٥

ابن وهب: هو عبدالله بن وهب المالكي:
تقدمت ترجمته في ج١ ص٣٣٥

أبو إسحاق الشيرازي: هو إبراهيم بن علي:
تقدمت ترجمته ج٢ ص٤١٤

أبو إسحاق الفزاري (؟ - ١٨٥، وقيل ١٨٨هـ)

هو إبراهيم بن محمد بن الحارث بن أسماء بن خارجة بن حصن بن حذيفة، أبو إسحاق، الفزاري الكوفي. فقيه، محدث. حدث عن أبي إسحاق السبيعي وعطاء بن السائب وسهيل بن أبي صالح ويحيى بن سعيد الأنصاري والثوري وشعيب بن أبي حمزة وغيرهم. وعنه: الأوزاعي والثوري وابن المبارك ومروان بن معاوية الفزاري وعاصم بن يوسف اليربوعي وغيرهم. قال أبو حاتم والنسائي وأحمد العجلي وابن معين وسفيان بن عيينة: ثقة مأمون أحد الأئمة. قال أبو حاتم: اتفق العلماء على أن أبا إسحاق الفزاري إمام يقتدى به بلا مدافعة. وقال الحميدي: قال الشافعي لم يصنف أحد في السير مثله. قال ابن عيينة في جنازته: والله ما رأيت أحدا أقدمه عليه.

[تهذيب التهذيب ١/١٥١؛ وتذكرة الحفاظ ١/٢٧٣؛ والكامل لابن الأثير ٦/١٧٤]

أبو أيوب الأنصاري: هو خالد بن زيد:
تقدمت ترجمته في ج٦ ص٣٤٥

أبو بكر الصديق:
تقدمت ترجمته في ج١ ص٣٣٦

أبو بكر: هو عبد العزيز بن جعفر:
تقدمت ترجمته في ج١ ص٣٤٦

أبو بكر بن الفضل (؟ - ٣٨١هـ)

هو محمد بن الفضل، أبو بكر الفضلي الكماري. نسبة إلى (كمار) قرية ببخارى. فقيه، مفتٍ. قال اللكنوي: كان إماماً كبيراً وشيخاً جليلاً معتمداً في الرواية مقلداً في الدراية، ومشاهير كتب الفتاوى مشحونة بفتاواه ورواياته. أخذ الفقه عن عبدالله السبذموني، وأبي حفص الصغير وغيرهما. وتفقه عليه القاضي أبو علي الحسين بن الخضر النسفي، والحاكم عبد الرحمن بن محمد الكاتب، وعبدالله الخيزاخزي، وغيرهم.

[الجواهر المضية ٢/١٠٧، والفوائد البهية ص١٨٤]

أبو ثور: هو إبراهيم بن خالد:
تقدمت ترجمته في ج١ ص٣٣٦

أبو حفص البرمكي: هو عمر بن أحمد:
تقدمت ترجمته في ج٤ ص٣٢٢

أبو حنيفة: هو النعمان بن ثابت:
تقدمت ترجمته في ج١ ص٣٣٦

أبو الخطاب: هو محفوظ بن أحمد:
تقدمت ترجمته في ج١ ص٣٣٧

أبو الدرداء: هو عويمر بن مالك:
تقدمت ترجمته في ج٣ ص٣٤٦

أبو زيد: هو محمد بن أحمد:
تقدمت ترجمته في ج٩ ص٢٨٦

أبو زيد الدبوسي: هو عبدالله بن عمر:
تقدمت ترجمته في ج١ ص٣٥٠

أبو طالب: هو أحمد بن حميد الحنبلي:
تقدمت ترجمته في ج٣ ص٣٤٧

أبو العالية: هو رفيع بن مهران:
تقدمت ترجمته في ج٦ ص٣٤٣

أبو عبيد: هو القاسم بن سلام:
تقدمت ترجمته في ج١ ص٣٣٧

أبو مسعود البدري: هو عقبة بن عمرو:
تقدمت ترجمته في ج٣ ص٣٤٨

أبو موسى الأشعري:
تقدمت ترجمته في ج١ ص٣٣٨

أبو هريرة: هو عبد الرحمن بن صخر:
تقدمت ترجمته في ج١ ص٣٣٩

أبو يوسف: هو يعقوب بن إبراهيم:
تقدمت ترجمته في ج١ ص٣٣٩

أحمد بن حنبل:
تقدمت ترجمته في ج١ ص٣٣٩

إسحاق بن راهويه:
تقدمت ترجمته في ج١ ص٣٤٠

إسحاق بن هانئ (٢١٨ - ٢٧٥هـ)

هو إسحاق بن إبراهيم بن هانئ، أبو يعقوب، النيسابوري. قال أبو يعلى: خدم إمامنا (أحمد بن حنبل) وهو ابن تسع سنين. قال أبو بكر الخلال: نقل عن أحمد بن حنبل مسائل كثيرة. منها قال: سمعت أبا عبدالله يسأل عن الذي يشتم معاوية، تصلي خلفه؟ قال: لا، ولا كرامة.

[طبقات الحنابلة ١/١٠٨ - ١٠٩]

الأُسْرُوشَنِي (؟ - ٦٣٢ هـ)

هو محمد بن محمود بن حسين، أبو الفتح، مجد الدين، الأُسْرُوشَني، وقيل: الأسروشني، نسبة إلى «أسروشنة» وهي بلدة في شرقي سمرقند. فقيه حنفي. أخذ عن أبيه، وعن صاحب الهداية، وعن السيد ناصر الدين السمرقندي، وظهير الدين محمد بن أحمد البخاري وغيرهم.

من تصانيفه: «الفصول» في المعاملات، و«جامع أحكام الصغار» في الفروع والفتاوى، و«قرة العينين في إصلاح الداريين».

[كشف الظنون ١/١٩، ١٢٦٦، والفوائد البهية ص٢٠٠، والأعلام ٧/٣٠٧، ومعجم المؤلفين ١١/٣١٧، واللباب في تهذيب الأنساب ١/٥٤].

الإسنوي: هو عبدالرحيم بن الحسن:
تقدمت ترجمته في ج٣ ص٣٤٩

أصبغ: هو أصبغ بن الفرج:
تقدمت ترجمته في ج١ ص٣٤١

إمام الحرمين: هو عبدالملك بن عبدالله:
تقدمت ترجمته في ج٣ ص٣٥٠

أنس بن مالك:
تقدمت ترجمته في ج٢ ص٤٠٢

الأوزاعي: هو عبدالرحمن بن عمرو:
تقدمت ترجمته في ج١ ص٣٤١

ب

البابرتي: هو محمد بن محمد:
تقدمت ترجمته في ج١ ص٣٤٢

الباجي: هو سليمان بن خلف:
تقدمت ترجمته في ج١ ص٣٤٢

بريدة
تقدمت ترجمته في ج٢ ص٤٠٦

البعلي الحنبلي:
تقدمت ترجمته في ج١٩ ص٣١٢

البغوي: هو الحسين بن مسعود:
تقدمت ترجمته في ج١ ص٣٤٣

بكر بن محمد (؟ -)

بكر بن محمد، أبو أحمد، النسائي البغدادي، ذكره أبو بكر الخلال فقال: كان أبو عبدالله (أحمد بن حنبل) يقدمه ويكرمه، وعنده مسائل كثيرة سمعها من أبي عبدالله، منها قال: سألت أبا عبدالله عن رجل استشهدني على شهادة، وهو يبيع بالربا، ثم جاءني فقال: تعالى اشهد عند السلطان؟ قال: لا تشهد له، إذا كان معاملته بالربا.

[طبقات الحنابلة ١/١١٩ - ١٢٠]

البهوتي: هو منصور بن يونس:
تقدمت ترجمته في ج١ ص٣٤٤

البويطي: هو يوسف بن يحيى:
تقدمت ترجمته في ج١٥ ص٣٠٦

ث

الثوري: هو سفيان بن سعيد.
تقدمت ترجمته في ج١ ص٣٤٥

ج

جابر بن سمرة:
تقدمت ترجمته في ج١١ ص٣٧٤

جابر بن عبدالله :
تقدمت ترجمته في ج٦ ص٣٤٥

جبير بن مطعم :
تقدمت ترجمته في ج٣ ص٣٥٣

جعفر بن محمد :
تقدمت ترجمته في ج٣ ص٣٥٣

ح

الحسن البصري :
تقدمت ترجمته في ج٦ ص٣٤٦

الحسين بن ثابت : ر : ابن القروزجاني

حسن الزجّاجي (؟ - توفي في حدود ٤٠٠ هـ)

هو حسن بن محمد بن العباس ، أبو علي ، الزجاجي ، الطبري ، المعروف بالزجاجي . محدث فقيه شافعي ، تولى القضاء . أخذ العلم عن ابن القاص ، والقاضي أبي الطيب الطبري ، وأخذ عنه فقهاء آمل .

من تصانيفه : « التهذيب » في فروع الفقه الشافعي ، و« زيادة المفتاح » ، و« كتاب المدرة » .

[طبقات الشافعية ٣/١٤٦ ، وطبقات الفقهاء ص ٣٦ ، ومعجم المؤلفين ٣/٢٨٤] .

الحسن بن زياد
تقدمت ترجمته في ج١ ص٣٤٧

الحصكفي : هو محمد بن علي :
تقدمت ترجمته في ج١ ص٣٤٧

الحطاب : هو محمد بن عبدالرحمن
تقدمت ترجمته في ج١ ص٣٤٧

خ

خالد بن الوليد :
تقدمت ترجمته في ج٦ ص٣٤٧

الخرقي : هو عمر بن الحسين :
تقدمت ترجمته في ج١ ص٣٤٨

الخطابي: هو حمد بن محمد
تقدمت ترجمته في ج١ ص٣٤٩

الخطيب الشربيني:
تقدمت ترجمته في ج١ ص٣٥٦

خليل: هو خليل بن إسحاق.
تقدمت ترجمته في ج١ ص٣٤٩

د

داود الظاهري: هو داود بن علي.
تقدمت ترجمته في ج٣ ص٣٥٦

الدردير: هو أحمد بن محمد.
تقدمت ترجمته في ج١ ص٣٥٠

الدسوقي: هو محمد بن أحمد الدسوقي:
تقدمت ترجمته في ج١ ص٣٥٠

ر

الرازي: هو محمد بن عمر:
تقدمت ترجمته في ج١ ص٣٥١

الرافعي: هو عبدالكريم بن محمد:
تقدمت ترجمته في ج١ ص٣٥١

الرملي: هو خير الدين الرملي:
تقدمت ترجمته في ج١ ص٣٤٩

الروياني: هو عبدالواحد بن اسماعيل.
تقدمت ترجمته في ج١ ص٣٥٢

ز

الزركشي: هو محمد بن بهادر
تقدمت ترجمته في ج٢ ص٤١٢

زفر: هو زفر بن الهذيل:
تقدمت ترجمته في ج١ ص٣٥٣

الزيلعي: هو عثمان بن علي:
تقدمت ترجمته في ج١ ص٣٥٣

س

السبكي : هو علي بن عبدالكافي :
تقدمت ترجمته في ج١ ص٣٥٤

سحنون : هو عبدالسلام بن سعيد :
تقدمت ترجمته في ج٢ ص٤١٢

السرخسي : هو محمد بن أحمد :
تقدمت ترجمته في ج١ ص٣٥٤

السرخسي : هو محمد بن محمد :
تقدمت ترجمته في ج٢ ص٤١٢

سعد بن أبي وقاص :
تقدمت ترجمته في ج١ ص٣٥٤

سفيان بن عيينة :
تقدمت ترجمته في ج٧ ص٣٣٠

سلمان الفارسي :
تقدمت ترجمته في ج٣ ص٣٥٨

سلمة بن الأكوع :
تقدمت ترجمته في ج٦ ص٣٤٩

السيوطي : هو عبدالرحمن بن أبي بكر :
تقدمت ترجمته في ج١ ص٣٥٥

ش

الشافعي : هو محمد بن إدريس :
تقدمت ترجمته في ج١ ص٣٥٥

الشبيبي (؟ - ؟)

هو عبدالله بن محمد بن يوسف ، أبو محمد ، البلوي الشبيبي القيرواني . فقيه . أخذ عن أبي الحسن العواني ، وأبي عمران المناوي ، وأبي عبدالله الخلال ، ومحمد المكوري وغيرهم . وعنه أبو القاسم بن ناجي ، والبرزلي ، وأبو حفص المراتي . وفي شجرة النور الزكية : أقام الشبيبي نحواً من خمس وثلاثين عاما بتونس .

[شجرة النور الزكية ص٢٢٥ ، ونيل الابتهاج ص١٤٩] .

الشرواني: هو الشيخ عبدالحميد:
تقدمت ترجمته في ج١ ص٣٥٦

شريح: هو شريح بن الحارث:
تقدمت ترجمته في ج١ ص٣٥٦

الشعبي: هو عامر بن شراحيل:
تقدمت ترجمته في ج١ ص٣٥٦

ص

الصاحبان: تقدم بيان المراد بهذا اللفظ في ج١ ص٣٥٧

صاحب الحاوي: هو علي بن محمد الماوردي:
تقدمت ترجمته في ج١ ص٣٦٩

صاحب الحاوي: ر: القزويني

صاحب الشامل: هو عبدالسيد محمد بن عبد الواحد:
تقدمت ترجمته في ج٣ ص٣٤٢

صاحب العدة: هو عبدالرحمن بن محمد الفوراني:
تقدمت ترجمته في ج١١ ص٣٨٥

صاحب غاية المنتهى: هو مرعي بن يوسف
تقدمت ترجمته في ج٧ ص٣٤١

صاحب الفتاوى السراجية: ر: علي بن عثمان الأوسي.

صاحب الهداية: هو علي بن أبي بكر المرغيناني:
تقدمت ترجمته في ج١ ص٣٧٦

ط

الطحاوي: هو أحمد بن محمد:
تقدمت ترجمته في ج١ ص٣٥٨

ع

عائشة:
تقدمت ترجمتها في ج١ ص٣٥٩

عبد الغفار القزويني (؟ - ٦٦٥ هـ)

هو عبد الغفار بن عبد الكريم بن عبد الغفار، نجم الدين، القزويني، فقيه عالم بالحساب. من فقهاء الشافعية.

من تصانيفه: «الحاوي الصغير»، و«العجائب في شرح اللباب» وكلاهما في فروع الفقه الشافعي، وكتاب في «الحساب».

[طبقات الشافعية ٥/ ١١٨، ومرآة الجنان ٤/ ١٦٧، والأعلام ٤/ ١٥٧، ومعجم المؤلفين ٥/ ٢٦٧].

عبدالله بن عكيم:

تقدمت ترجمته في ج٧ ص٣٣٩

عبدالله بن عمرو:

تقدمت ترجمته في ج١ ص٣٣١

عبد الملك بن مروان (٢٦ - ٨٦هـ)

هو عبد الملك بن مروان بن الحكم بن أبي العاص بن أمية، أبو الوليد، المدني الدمشقي. من أعاظم الخلفاء ودهاتهم. كان فقيها واسع العلم. روى عن أبيه وعثمان ومعاوية وجابر وأبي هريرة وأم سلمة وغيرهم. وعنه ابنه محمد وعروة ابن الزبير والزهري وخالد بن معدان وغيرهم. واستعمله معاوية على المدينة وهو ابن ١٦ سنة. وانتقلت إليه الخلافة بعد موت أبيه وظهر بمظهر القوة واجتمعت عليه كلمة المسلمين بعد مقتل مصعب وعبد الله ابني الزبير في حربهما مع الحجاج الثقفي، ونقلت في أيامه الدواوين من الفارسية والرومية إلى العربية، وهو أول من صك الدنانير في الإسلام، وكان عمر بن الخطاب قد صك الدراهم. وذكره ابن حبان في الثقات وقال: كان من فقهاء أهل المدينة وقرائهم.

[تهذيب التهذيب ٦/ ٤٢٢، وميزان الاعتدال ٢/ ١٥٣، ابن الأثير ٤/ ١٩٨، والأعلام ٤/ ٣١٢].

العُتْبي (؟ - ٢٥٤ هـ)

هو محمد بن أحمد بن عبد العزيز بن عتبة بن جميل، أبو عبد الله، الأموي العُتْبي القرطبي الأندلسي: فقيه مالكي، محدث أخذ بالأندلس من يحيى بن يحيى وسعيد بن حسان وغيرهما، ورحل فسمع مع سحنون وأصبغ، وكان حافظا للمسائل جامعا لها عالما بالنوازل. كان ابن لبابة يقول: لم يكن هنا أحد يتكلم مع العُتْبي في الفقه ولا كان بعده أحد يفهم فهمه إلا من تعلم عنده. وقال الصدفي: كان من أهل الخير والجهاد والمذاهب الحسنة. روى عنه محمد بن لبابة وأبو صالح وسعيد بن معاذ والأعناقي وغيرهم. من تصانيفه: «المستخرجة العتبية على الموطأ»، و«كراء الدور والأرضين»

[شذرات الذهب ٢/١٢٩، والديباج ص٢٣٨، واللباب ٢/١١٩، والأعلام ٦/١٩٧، معجم المؤلفين ٨/٧٦].

عثمان بن عفان:

تقدمت ترجمته في ج١ ص٣٦٠

عروة بن الزبير:

تقدمت ترجمته في ج٢ ص٤١٧

عز الدين بن عبدالسلام: هو عبدالعزيز بن عبدالسلام:

تقدمت ترجمته في ج٢ ص٤١٧

عطاء بن أبي رباح:

تقدمت ترجمته في ج١ ص٣٦٠

العقباني: هو محمد بن أحمد:

تقدمت ترجمته في ج ١٧ ص٣٥١

علي بن أبي طالب:

تقدمت ترجمته في ج١ ص٣٦١

علي بن عثمان الأوسي (؟ - ٥٦٩هـ)

هو علي بن عثمان بن محمد، سراج الدين، الأوسي الفرغاني. عالم، أديب ناظم. له القصيدة المشهورة في أصول الدين ستة وستون بيتا.

من تصانيفه: «الفتاوى السراجية»، و«مشارق الأنوار في شرح نصاب الأخبار»، و«مختلف الرواية»، و«شرح منظومة عمر النسفي في الخلاف»، و«القصيدة اللامية» في أصول الدين.

[كشف الظنون ٢/١٢٢٤، والجواهر المضية ١/٣٦٧، ومعجم المؤلفين ٧/١٤٨].

عمران بن حصين:

تقدمت ترجمته في ج١ ص٣٦٢

عمر بن الخطاب:

تقدمت ترجمته في ج١ ص٣٦٢

عمر بن عبد العزيز:

تقدمت ترجمته في ج١ ص٣٦٢

عمرو بن حزم:

تقدمت ترجمته في ج١٤ ص٢٩٥

عمرو بن شعيب:

تقدمت ترجمته في ج٤ ص٣٣٢

عوف بن مالك:

تقدمت ترجمته في ج ١١ ص٣٨٤

العيني: هو محمود بن أحمد:

تقدمت ترجمته في ج٢ ص٤١٨

غ

الغزالي: هو محمد بن محمد:

تقدمت ترجمته في ج١ ص٣٦٣

ف

فضالة بن عبيد:

تقدمت ترجمته في ج١٢ ص٣٤٢

فضل بن سلمة:

تقدمت ترجمته في ج١ ص٣٦٣

الفقهاء السبعة:

تقدم بيان المراد بهذا اللفظ في ج١ ص٣٦٤

الفيومي: هو أحمد بن محمد:

تقدمت ترجمته في ج١٥ ص٣٦٦

ق

القاضي أبو الطيب: هو طاهر بن عبد الله.

تقدمت ترجمته في ج٦ ص٣٤٣

القاضي أبو يعلى: هو محمد بن الحسين.

تقدمت ترجمته في ج١ ص٣٦٤

القاضي حسين: هو حسين بن محمد:

تقدمت ترجمته في ج٢ ص٤١٩

القاضي زكريا الأنصاري: هو زكريا بن محمد:

تقدمت ترجمته في ج١ ص٣٥٣

قاضيخان: هو حسن بن منصور.

تقدمت ترجمته في ج١ ص٣٦٥

قتادة بن دعامة:

تقدمت ترجمته في ج١ ص٣٦٥

القرطبي: هو محمد بن أحمد

تقدمت ترجمته في ج٢ ص٤١٩

القفال: هو محمد بن أحمد الحسين:
تقدمت ترجمته في ج١ ص٣٦٥

القليوبي: هو أحمد بن أحمد:
تقدمت ترجمته في ج١ ص٣٦٦

ك

الكاساني: هو أبو بكر بن مسعود:
تقدمت ترجمته في ج١ ص٣٦٦

الكرخي: هو عبيد الله ابن الحسن:
تقدمت ترجمته في ج١ ص٣٦٦

ل

اللقاني: هو شمس الدين محمد بن حسن:
تقدمت ترجمته في ج١ ص٣٦٨

الليث بن سعد.
تقدمت ترجمته في ج١ ص٣٦٨

ليلى بنت قانف (؟ - ؟)
هي ليلى بنت قانف الثقفية. صحابية

كانت فيمن شهد غسل أم كلثوم بنت رسول الله ﷺ ووصفت ذلك فأتقنت.

عن داود بن عروة بن مسعود الثقفي، أن ليلى بنت قانف الثقفية قالت: كنت فيمن غسل أم كلثوم بنت رسول الله ﷺ: قالت: فأول ما أعطانا رسول الله ﷺ من كفنها الحقو، ثم الدرع، ثم الخمار، ثم الملحفة، ثم أدرجت في الثوب الآخر ورسول الله ﷺ خلف الباب يناولنا.

[الإصابة ٤/٤٠٢، والاستيعاب ٤/١٩١٠، وأسد الغابة ٦/٢٥٩]

م

المازري: هو محمد بن علي:
تقدمت ترجمته في ج١ ص٣٦٨

مالك: هو مالك بن أنس:
تقدمت ترجمته في ج١ ص٣٦٩

الماوردي: هو علي بن محمد:
تقدمت ترجمته في ج١ ص٣٦٩

المتولي: هو عبدالرحمن بن مأمون:
تقدمت ترجمته في ج٢ ص٤٢٠

مجاهد بن جبر:
تقدمت ترجمته في ج١ ص٣٦٩

مجمع بن جارية (؟ - نحو ٥٠ هـ)

هو مجمع بن جارية بن عامر بن مجمع بن العطاف، الأوسي الأنصاري. صحابي. هو أحد من جمع القرآن على عهد رسول الله ﷺ إلا يسيرا منه. روى عن النبي ﷺ. وعنه ابنه يعقوب، وابن أخيه عبدالرحمن بن يزيد بن جارية، وأبو الطفيل عامر بن واثلة. ويقال: إن عمر رضي الله عنه بعثه أيام خلافته إلى أهل الكوفة يعلمهم القرآن.

[الإصابة ٣/٣٦٦، وأسد الغابة ٤/٢٩٠، وتهذيب التهذيب ١٠/٤٧، والأعلام ٦/١٦٦].

محمد بن الحسن الشيباني:
تقدمت ترجمته في ج١ ص٣٧٠

المحلي: هو محمد بن أحمد:
تقدمت ترجمته في ج٢ ص٤٢٠

المرغيناني: هو علي بن أبي بكر
تقدمت ترجمته في ج١ ص٣٧٦

المروزي: هو إبراهيم بن أحمد:
تقدمت ترجمته في ج٢ ص٤٢٦

المزني: هو إسماعيل بن يحيى المزني:
تقدمت ترجمته في ج١ ص٣٧١

مطرف بن عبد الرحمن
تقدمت ترجمته في ج٢ ص٤٣٢

المطلب بن عبد الله بن حنطب (؟ - كان حياً في حدود ١٢٠هـ)

هو المطلب بن عبد الله بن حنطب بن الحارث، القرشي المخزومي المدني. روى عن عمر وأبي موسى الأشعري وزيد بن ثابت وأبي هريرة وعائشة وابن عباس وابن عمر وأنس وغيرهم. وعنه ابناه عبد العزيز والحكم والأوزاعي وزهير بن محمد التميمي وابن جريج وكثير بن زيد وغيرهم. وقال أبو زرعة والدارقطني: ثقة. وذكره ابن حبان في الثقات. وقال ابن سعد: كان كثير الحديث وليس يحتج بحديثه لأنه يرسل كثيراً. قال الزبير بن بكار: كان من وجوه قريش.

[تهذيب التهذيب ١٧٨/١٠، وطبقات خليفة ص٢٤٥، والجرح والتعديل ٣٥٩/٨، وتهذيب الكمال ١٢٣/٥، وسير أعلام النبلاء ٣١٧/٥].

معاوية بن الحكم:
تقدمت ترجمته في ج١٠ ص٣٣٣

المقدسي: هو عبد الغني بن عبد الواحد:
تقدمت ترجمته في ج١٤ ص٢٩٨

ن

نافع: هو نافع المدني: أبو عبد الله:
تقدمت ترجمته في ج١ ص٣٧٤

النخعي: هو إبراهيم النخعي:
تقدمت ترجمته في ج١ ص٣٢٥

النضر بن شميل (١٢٢ - ٢٠٣هـ)
هو النضر بن شميل بن خرشة بن يزيد بن كلثوم، أبو الحسن، المازني التميمي. فقيه،

محدث، لغوي، نحوي، وقال ابن العماد: كان إماما حافظا جليل الشأن. وهو أول من أظهر السنة بمرو وجميع بلاد خراسان. روى عن حميد وهشام بن عروة وغيرهما من أئمة التابعين، وسمع عليه ابن معين وابن المديني وغيرهما.

من تصانيفه: «كتاب السلاح»، و«غريب الحديث»، و«المعاني»، و«الصفات» في اللغة في خمسة أجزاء.

[شذرات الذهب ٢/٧، وبغية الوعاة ٢/٣١٦، والأعلام ٨/٣٥٧، ومعجم المؤلفين ١٣/١٠١، وطبقات ابن قاضي شهبة ٢/٢٧٢].

النعمان بن بشير:
تقدمت ترجمته في ج٥ ص٣٤٨

النووي: هو يحيى بن شرف.
تقدمت ترجمته في ج١ ص٣٧٣

هشام ابن إسماعيل:
تقدمت ترجمته في ج٣ ص٣٦٩

و

الونشريسي: هو أحمد بن يحيى.
تقدمت ترجمته في ج٦ ص٣٥٧

ي

يحيى بن سعيد الأنصاري.
تقدمت ترجمته في ج١ ص٣٧٤

فہرس تفصیلی

الصفحة	الموضوع	الفقرات
٦٦	الرؤية في المثليات	٩
٦٧	الرؤية في القيميات	١٠
٦٧	صور خاصة من الرؤية	
٦٨	دور العرف في تحديد الرؤية الجزئية الكافية	١١
٦٨	شرائط قيام خيار الرؤية	
٦٨	أ ـ كون المحل المعقود عليه عينا	١٢
٦٩	ب ـ كون المعقود عليه في عقد يقبل الفسخ : أي ينفسخ بالرد	١٣
٦٩	ج ـ عدم الرؤية عند العقد ، أو قبله ، مع عدم التغير	١٤
٧٠	د ـ رؤية المعقود عليه ، أو ما هو بمنزلتها بعد العقد	١٥
٧٠	من يثبت له الخيار	١٦
٧١	العقود التي يثبت فيها خيار الرؤية	١٧
٧٢	وقت ثبوت الخيار	١٨
٧٢	إمكان الفسخ قبل الرؤية	١٩
٧٢	أمد خيار الرؤية	٢٠
٧٣	أثر الخيار في حكم العقد قبل الرؤية	٢١
٧٣	أثر الخيار على حكم العقد بعد الرؤية	٢٢
٧٣	سقوط الخيار	٢٣
٧٣	أ ـ التصرفات في المبيع بما يوجب حقا للغير	
٧٤	ب ـ تغير المبيع بغير فعله	
٧٤	جـ ـ تعيب المبيع في يد المشتري	
٧٤	حكم صريح الإسقاط في خيار الرؤية	
٧٥	انتهاء الخيار	٢٤
٧٥	انتهاؤه بالإجازة	
٧٥	الإجازة الصريحة أو ما يجري مجراها	٢٥
٧٥	الإجازة بطريق الدلالة	٢٦

الصفحة	الموضوع	الفقرات
١٨١	خيار المسترسل	
	انظر: بيع المواصفة	
	انظر: بيع الأمانة	
	خيار النجش	
	انظر: بيع منهي عنه	
١٨١ ـ ١٨٤	خيار النقد	١ ـ ٦
١٨١	التعريف	١
١٨٢	مشروعيته	٢
١٨٣	صاحب الخيار	٣
١٨٣	مدة خيار النقد	٤
١٨٤	سقوطه وانتقاله	٥
١٨٤	صورة مشهورة من خيار النقد (بيع الوفاء)	٦
١٨٤	خيار الهلاك	
	انظر: بيع	
١٨٤	خياطة	
	انظر: ألبسة	
١٨٤	خيط	
	انظر: ألبسة	
١٨٥ ـ ١٩٠	خيانة	١ ـ ١٥
١٨٥	التعريف	١
١٨٥	الألفاظ ذات الصلة :	
١٨٥	أ ـ الغش	٢
١٨٥	ب ـ النفاق	٣
١٨٥	ج ـ الغصب والسرقة	٤
١٨٥	الأحكام المتعلقة بالخيانة	٥

الصفحة	الموضوع	الفقرات
٢٦٥	الاعتداء في الدعاء	١١
٢٦٥	الدعاء بالمأثور وغير المأثور	١٢
٢٦٥	الدعاء في الصلاة	١٣
٢٦٦	طلب الدعاء من أهل الفضل	١٤
٢٦٦	فضل الدعاء بظهر الغيب	١٥
٢٦٧	استحباب الدعاء لمن أحسن إليه	١٦
٢٦٧	الدعاء للذمي إذا فعل معروفا	١٧
٢٦٧	دعاء الإنسان على من ظلمه أو ظلم المسلمين	١٨
٢٦٩	نهي المكلف عن دعائه على نفسه وولده	١٩
٢٦٩	الأدعية في المناسبات	٢٠
٢٧٠ ـ ٣١٩	**دعوى**	١ ـ ٦٩
٢٧٠	التعريف	١
٢٧٠	الألفاظ ذات الصلة	
٢٧٠	أ ـ القضاء	٢
٢٧٠	ب ـ التحكيم	٣
٢٧١	جـ ـ الاستفتاء	٤
٢٧١	الحكم التكليفي	٥
٢٧٢	أركان الدعوى	٦
٢٧٢	كيفية التمييز بين المدعي والمدعى عليه	٧
٢٧٦	الفائدة المترتبة على التمييز بين المدعي والمدعى عليه	١٢
٢٧٧	مكان الدعوى	١٣
٢٧٧	أولا: مجلس القضاء	١٤
٢٧٨	ثانيا: القاضي المختص بنظر الدعوى	١٥
٢٨١	أنواع الدعاوي	١٩
٢٨١	أنواع الدعاوي باعتبار صحتها	٢٠
٢٨٤	أنواع الدعاوي باعتبار نوع الشيء المدعى	٢٤

الصفحة	الموضوع	الفقرات
٣٣٥	من الآداب التي يراعيها الداعي في دعوته	٢٨
٣٣٥	التطفل على الدعوات	٢٩
٣٣٦	الدعوة بمعنى النداء أو طلب الحضور	٣٠
٣٣٦	الحكم التكليفي للدعوة	٣١
٣٣٧	تكرار الدعوة	٣١م
٣٣٧	حكم إجابة الدعوة	٣٢
٣٣٨	إجابة دعوة الفقراء والإجابة على الطعام القليل	٣٣
٣٣٨	الآداب الشرعية للدعوة بمعنى المناداة	٣٤
٣٤٠	الحكم التكليفي للدعوة والإجابة إليها	٣٨